UNIVERSITÉ DE LAUSANNE
FACULTÉ DE DROIT

Le contrat d'agence et le droit de l'agent d'assurances à une indemnité de clientèle

SELON L'ART. 418 u CO

THÈSE

DE LICENCE ET DE DOCTORAT
PRÉSENTÉE À LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE LAUSANNE

PAR

J.-C. BURNAND
LICENCIÉ EN DROIT

1975

IMPRIMERIES RÉUNIES S.A., LAUSANNE
1977

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546809_0016

Le contrat d'agence et le droit de l'agent d'assurances à une indemnité de clientèle

SELON L'ART. 418 u CO

UNIVERSITÉ DE LAUSANNE
FACULTÉ DE DROIT

Le contrat d'agence et le droit de l'agent d'assurances à une indemnité de clientèle

SELON L'ART. 418 u CO

THÈSE

DE LICENCE ET DE DOCTORAT
PRÉSENTÉE À LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE LAUSANNE

PAR

J.-C. BURNAND
LICENCIÉ EN DROIT

IMPRIMERIES RÉUNIES S.A., LAUSANNE
1977

IMPRIMATUR

Le Conseil de la Faculté de droit, sans se prononcer sur les opinions de l'auteur, autorise l'impression de la thèse de M. Jean-Claude Burnand, candidat à la licence et au doctorat en droit, intitulée: « Le Contrat d'Agence et le Droit de l'Agent d'Assurances à une Indemnité de Clientèle selon l'Art. 418 u CO. »

Lausanne, le 1er septembre 1975

Le doyen de la Faculté de droit:

Jean Gauthier

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

REMERCIEMENTS

Nous prions M. le professeur Emile Meyer de trouver ici l'expression de notre très vive reconnaissance pour la bienveillance qu'il n'a cessé de nous témoigner au cours de l'élaboration de ce travail et pour les judicieux conseils qu'il nous a prodigués.

PREMIÈRE PARTIE

Le contrat d'agence

La loi sur le contrat d'agence a été adoptée par les Chambres fédérales le 4 février 1949 et est entrée en vigueur le 1er janvier 1950. Elle a été insérée dans le titre treizième du Code des obligations au chapitre quatre et comprend les articles 418 a à 418 v.

Chapitre premier

HISTORIQUE DE LA LOI SUR LE CONTRAT D'AGENCE

§1: L'agent avant la loi sur le contrat d'agence du 4 février 1949

Ce n'est guère que vers la fin du XIX[e] siècle que la profession d'agent s'est développée en Suisse, principalement sous l'influence de facteurs économiques. L'industrialisation, la production de masse et la libre concurrence transformèrent profondément les structures commerciales existantes. Si, jusqu'alors, le producteur avait pu directement satisfaire les besoins limités d'un cercle restreint de consommateurs, le développement, tant géographique que quantitatif, du marché le contraignit, pour assurer la promotion et la distribution de sa production, de recourir à des intermédiaires. Leurs fonctions essentielles consistaient à le représenter, à vendre ses produits et à maintenir un contact étroit avec la clientèle.

Au nombre de ces intermédiaires figuraient le courtier, le commissionnaire et le voyageur de commerce, qui seront soumis respectivement aux articles 412 ss. CO, 425 ss. CO et à la loi fédérale sur les conditions d'engagement des voyageurs de commerce du 13 juin 1941, qui sera abrogée par les art. 347 ss. CO, introduits par la loi fédérale du 25 juin 1971, revisant les titres dixième et dixième bis du Code des obligations.

Seul l'agent n'était soumis à aucune prescription légale spécialement applicable à son cas. C'était un entrepreneur indépendant qui assurait la représentation commerciale d'une ou de plusieurs entreprises dans un rayon géographique déterminé. Il devait disposer de ressources importantes pour s'installer et s'exposait à des pertes, notamment en période de récession. Il supportait le risque et les frais résultant de son activité. En contrepartie, il pouvait s'organiser librement et percevait, à titre de rémunération, des commissions.

Par rapport aux autres intermédiaires, l'agent présentait pour son mandant cet avantage d'être une force de travail économique et dynamique qu'aucune disposition légale spéciale ne protégeait, ce qui explique le développement rapide de cette profession.

§ 2: Evolution de la notion d'agent et du contrat d'agence dans la jurisprudence

Il faut remonter à 1889 et à 1893 pour trouver dans la jurisprudence les premières références à la notion d'agent. Le Tribunal fédéral déclarait alors que le terme d'agent n'avait aucune base légale [1] et était juridiquement inutilisable [2]. Ce n'est qu'en 1903 [3] qu'il reconnut que la doctrine et la jurisprudence avaient élaboré une définition juridique de l'agent et du contrat d'agence. S'inspirant des § 84 ss. du Code de commerce allemand de 1897, il définissait le contrat d'agence comme le contrat par lequel une personne négocie ou conclut des affaires pour le compte d'une autre, à titre durable ou permanent, sans que celle-là ne soit liée envers celle-ci par un contrat de travail [4].

Dès lors, il considéra le contrat d'agence comme une variété de mandat, comme un contrat *sui generis* auquel pouvaient s'appliquer à titre analogique ou subsidiaire, suivant les particularités de chaque

[1] RO 15 337: « Der Ausdruck « Agent » oder « agent » entspricht nicht einem bestimmten Rechtsbegriff, sondern wird im weitesten Umfange auf alle Personen angewendet, die, in was immer für einer rechtlichen Stellung, geschäftliche Angelegenheiten für andere betreiben. »

[2] RO 19 863: « Der Ausdruck « Agent » d.h. Betreiber fremder Geschäfte oder Vertreter ist juristisch unbrauchbar, weil ohne feste technische Bedeutung; als solcher wird sowohl ein Handlungsgehilfe, wie auch ein selbständiger Kaufmann, welcher gewerbsmässig in fremden Namen Handelsgeschäfte abschliesst, vermittelt oder einleitet, bezeichnet... »

[3] RO 29 II 109: « Danach kann als Agenturvertrag der Vertrag bezeichnet werden, gemäss welchem jemand für das Handelsgewerbe eines andern dauernd oder ständig Geschäfte vermittelt oder abschliesst, ohne dass er in einem Dienstverhältnisse zu diesem Handlungshause stünde. »

[4] § 84 HGB: « Wer ohne als Handlungsgehilfe angestellt zu sein, ständig damit betraut ist, für das Handelsgewerbe eines andern Geschäfte zu vermitteln oder im Namen des andern abzuschliessen (Handlungsagent), hat bei seinen Verrichtungen das Interesse des Geschäftsherrn mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes wahrzunehmen. »

espèce, les dispositions sur le courtage, sur la commission, sur le contrat d'entreprise ou de transport, conjointement avec certaines règles du contrat de travail, en particulier celles relatives à la résiliation pour justes motifs [5].

§ 3: Genèse de la loi sur le contrat d'agence

Constatant que notre droit présentait dans ce domaine une lacune et que la jurisprudence créait une grande insécurité juridique, l'association suisse des agents-représentants, à Zurich, invita, en janvier 1938, l'Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail (OFIAMT), à élaborer un projet de réglementation des droits et des obligations de l'agent indépendant.

Après avoir constaté que la création d'un contrat type, tel que le prévoyait l'ancien art. 324 CO, était irréalisable, on songea alors à soumettre les agents à la loi sur les conditions d'engagement des voyageurs de commerce. Ce projet dut être abandonné, en raison des nombreuses différences qui séparaient ces deux catégories de représentants. L'idée d'insérer dans la loi sur la concurrence déloyale des dispositions relatives aux agents, ainsi que l'introduction d'un privilège de faillite en leur faveur, n'eut pas plus de succès.

Tirant les conclusions de ces échecs successifs, l'association suisse des agents-représentants en vint à proposer de soumettre les agents à une réglementation particulière, soit dans une loi spéciale, soit dans le Code des obligations. En avril 1941, l'OFIAMT chargea le Département de justice et police de présenter un projet de loi sur la situation de droit privé des agents indépendants, qui aboutit après de longues discussions et pas moins de sept projets à la loi actuellement en vigueur.

L'idée de légiférer sur le contrat d'agence procédait d'un double motif: il s'agissait, d'une part, de créer une situation juridique claire et, d'autre part, d'instituer en faveur des agents une protection aussi large que celle dont bénéficiaient déjà les voyageurs de commerce [6].

[5] RO 40 II 392, RO 54 II 378 – JT 1929 I 362, RO 60 II 335 – JT 1935 I 165, RO 59 II 261 – JT 1933 I 620.

[6] Message du Conseil fédéral du 27 novembre 1947, Feuille fédérale 1947 III, p. 684.

Section 1: Facteurs juridiques

L'adoption du mandat comme contrat de base et l'application à titre subsidiaire des dispositions du courtage, de la commission, du contrat d'entreprise, conjointement avec certaines règles du contrat de travail, se heurtaient à de nombreuses difficultés. Le juge se voyait souvent contraint de faire abstraction de prescriptions qui étaient pourtant de droit impératif (art. 404 al. 1 CO: révocation du mandat en tout temps) et devait parfois juger à l'encontre même du texte de la loi (art. 402 al. 1 CO: remboursement des frais du mandataire). De plus, une jurisprudence s'inspirant des § 84-92 HGB de 1897, qui avait fait l'objet d'un projet de revision, n'était pas satisfaisante non plus [7].

Section 2: Facteurs sociaux-politiques

Au contraire du voyageur de commerce qui avait vu ses intérêts légitimes protégés par la loi fédérale du 13 juin 1941, l'agent, bien que juridiquement indépendant, restait fortement dépendant de son mandant au point de vue économique. Il pouvait être révoqué en tout temps, il ne bénéficiait d'aucune indemnité en cas d'empêchement de travailler sans faute de sa part et n'avait pas de privilège de faillite.

La juste rémunération à laquelle il pouvait prétendre, soit la provision, était la source de nombreux conflits qui nuisaient à une bonne entente entre parties.

En outre, par la conclusion de contrats d'agence, les entreprises pouvaient éluder les dispositions édictées en faveur des voyageurs de commerce. A ce propos, Bideau parlait de « la nécessité d'assainir la profession d'agent, qui était devenue le refuge d'éléments peu qualifiés qui sollicitaient et dérangeaient le public » [8].

Enfin, pour des motifs d'ordre public, on voulait empêcher par une réglementation suisse que l'agent ne tombe sous la dépendance économique d'entreprises étrangères [9].

[7] Procès-verbal des délibérations de la commission d'experts du 9 mars 1944, p. 5 ss.

[8] Procès-verbal des délibérations de la commission d'experts du 9 mars 1944, p. 10.

[9] Procès-verbal des délibérations de la commission d'experts du 9 mars 1944, p. 6.

§ 4: Thèses des adversaires et des partisans de la loi

Déjà le premier projet de loi se heurta à une forte opposition qui ne désarma guère à l'encontre des six autres projets. Nombreuses furent les discussions qui portèrent sur la nécessité de légiférer en la matière. Cette question fut pratiquement plus débattue que le contenu des articles de la loi.

Les adversaires de toute réglementation légale firent valoir que le contrat d'agence, tel que l'avait défini la jurisprudence, répondait aux exigences du commerce, preuve en était les rares litiges qui étaient portés devant les tribunaux. Ils prétendaient que les conventions écrites, créées par l'usage commercial, permettaient mieux qu'une loi nécessairement plus rigide de tenir compte des exigences, continuellement changeantes, de la vie économique. Certains juristes s'élevaient contre la tendance à vouloir légiférer dans tous les domaines en sacrifiant les principes de l'autonomie des parties et du pouvoir d'appréciation du juge.

Enfin, beaucoup niaient que l'agent nécessitât une quelconque protection [10].

Une opposition de principe et parmi les plus fortes vint des compagnies d'assurances. Elles redoutaient avant tout que leurs agents puissent bénéficier de l'indemnité de clientèle que prévoyait le projet du Département de justice et police. Selon elles, une telle indemnité représentait une charge intolérable de nature à conduire inévitablement à une augmentation générale des primes.

La Fédération des inspecteurs et agents d'assurances et la Fédération suisse des agents généraux d'assurances, qui avaient adopté la même position de refus, se rallièrent finalement au projet de loi. Cette attitude pourrait s'expliquer par le fait que les compagnies d'assurances comptaient un grand nombre de représentants qui n'étaient que des agents occasionnels, négociant la conclusion de polices d'assurances pour se créer des gains accessoires. Ces représentants n'avaient pas besoin d'une protection spéciale, puisqu'ils tiraient le principal de leurs revenus de l'exercice d'une autre activité.

Les partisans de la loi [11], quant à eux, estimaient que le régime en vigueur créait une grande insécurité juridique et qu'il était conforme à

[10] Padel, p. 132 ss. Von Büren, dans SJZ 1949, p. 151 ss.

[11] Message du Conseil fédéral du 27 novembre 1947, Feuille fédérale 1947 III, p. 686. Bideau, procès-verbal des délibérations de la commission d'experts du 9 mars 1944. Hug, p. 336 ss. Berger, p. 35 ss.

notre Etat de droit de codifier les données jurisprudentielles d'un demi-siècle, compte tenu des exigences de l'époque. Comme nous l'avons déjà relevé, leur objectif principal était d'accorder aux agents une protection comparable à celle dont bénéficiaient les voyageurs de commerce. L'absence de dispositions légales en faveur de l'agent était alors ressentie comme une discrimination. Cela d'autant plus que l'agent, comme le voyageur de commerce, était dans une certaine dépendance économique à l'égard de son mandant et qu'en plus il supportait tous les risques financiers de son activité.

§ 5: Loi spéciale ou revision du Code des obligations

Le premier avant-projet du Département de justice et police avait été conçu sous la forme d'une loi spéciale. On se proposait à l'époque de réglementer le contrat d'agence pour une partie seulement des agents, soit pour les agents commerciaux, à l'exclusion des agents d'assurances. Mais, dès l'instant où ces derniers furent englobés dans la loi et que le projet eut ainsi une portée générale, il parut préférable de l'insérer dans le Code des obligations. Cette solution permettait de formuler des dispositions plus brèves, en évitant de constants renvois au droit des contrats, et présentait l'avantage de ne pas vider le Code des obligations de sa substance en édictant des lois spéciales sur certaines catégories de contrats.

Certains, pourtant, auraient préféré que le contrat d'agence soit réglementé sous la forme d'une loi spéciale, comme cela avait été le cas pour la loi fédérale sur les conditions d'engagement des voyageurs de commerce [12]. En effet, l'opinion était assez largement répandue qu'une simple loi est plus facilement adaptable et offre des solutions plus souples.

[12] Meister, p. 17 ss. Schaerer, p. 20.

Chapitre II

NATURE JURIDIQUE DU CONTRAT D'AGENCE

§ 1: Définition

On se souviendra que la jurisprudence avait eu beaucoup de peine à faire une démarcation nette entre le contrat d'agence et certains contrats ayant une fonction économique voisine. Aussi était-il utile que le législateur en donne une définition précise.

Selon l'art. 418 a al. 1 CO: « L'agent est celui qui prend à titre permanent l'engagement de négocier la conclusion d'affaires pour un ou plusieurs mandants ou d'en conclure en leur nom et pour leur compte, sans être lié envers eux par un contrat de travail. » Cette définition appelle plusieurs remarques:

A. — On peut s'étonner que cet article ne définisse pas le contrat d'agence lui-même, mais l'agent. La deuxième partie du Code des obligations s'intitule en effet: « Des diverses espèces de contrats », et le chapitre IV du titre treizième: « Du contrat d'agence. » Si l'on opta pour cette solution, c'est principalement à la demande des associations d'agents [1] qui s'étaient attachées davantage à la reconnaissance du statut de leurs membres qu'à la réglementation détaillée du contrat devant les lier à leur mandant.

Cette solution a l'avantage d'assurer à la dénomination d'agent une protection que n'offre pas la définition du contrat d'agence [2].

B. — La loi ne définit pas positivement l'indépendance juridique de l'agent, mais se contente de constater négativement que celui-ci n'est pas lié envers son ou ses mandants par un contrat de travail. Cette

[1] Procès-verbal des délibérations de la commission d'experts du 9 mars 1944, Bideau, p. 20.

[2] Wehrli, p. 25.

formulation est malheureuse, car le fait d'être lié à une entreprise commerciale par un contrat de travail ne devrait pas priver l'agent de la possibilité de conclure un contrat d'agence avec d'autres mandants [3].

C. — Si le législateur a choisi le terme de mandant au lieu de commerçant ou d'entreprise commerciale, c'est qu'il a voulu soumettre également à la loi les agents travaillant pour une personne non inscrite au Registre du commerce (par exemple: l'artiste ou le paysan confiant l'écoulement de sa production à un intermédiaire, etc.) [4].

D. — La définition de l'art. 418 a al. 1 CO ne mentionne pas la rémunération à laquelle l'agent a droit. Il ne s'agit pas d'un oubli [5]. Lors des délibérations de la commission du Conseil national, on considéra qu'une telle rémunération découlait naturellement du contrat d'agence et qu'en règle ordinaire elle consistait en une provision. Cependant, on ne voulut pas en faire une condition essentielle, pour éviter que, si une autre forme de rémunération était prévue (combinaison de provisions et d'un traitement fixe), l'application des dispositions relatives au contrat d'agence ne soit de prime abord exclue.

E. — La loi précise que la tâche de l'agent consiste à négocier des affaires ou à en conclure pour des tiers. Il s'agira toujours de la négociation ou de la conclusion de contrats au sens juridique du terme. Si on a préféré parler d'affaires, c'est que cette expression était plus usuelle et, dans l'esprit de ceux qui s'en sont servi, un peu plus générale [6].

F. — Notons encore que l'agent agit au nom et pour le compte d'autrui. On entend par là que l'agent agit en qualité de représentant, d'auxiliaire, et que l'affaire est conclue entre le client et l'entreprise qu'il représente. Pourtant, on lit souvent que l'agent dirige une agence pour son propre compte. Il n'y a pas là de contradiction, cela signifie simplement que l'agent supporte les profits et les pertes de son activité à la tête d'une agence [7].

[3] Wehrli, p. 28.
[4] Message du Conseil fédéral du 27 novembre 1947, Feuille fédérale 1947 III, p. 691.
[5] Berger, p. 41.
[6] Message du Conseil fédéral du 27 novembre 1947, Feuille fédérale 1947 III, p. 691.
[7] Berger, p. 40.

§ 2: Forme

Le contrat d'agence n'est soumis à aucune forme particulière. Cependant l'agent ne peut valablement renoncer à certains droits et assumer certains engagements qu'en la forme écrite [8].

D'ailleurs, l'exigence de la forme écrite aurait eu un inconvénient majeur, celui de permettre, en ne la respectant pas, d'éluder toutes les dispositions impératives, prévues par la loi.

§ 3: Champ d'application

En insérant la loi sur le contrat d'agence dans le Code des obligations, le législateur a voulu lui donner une portée générale et soumettre toutes les catégories d'agents à ses dispositions.

C'est ainsi que les agents d'assurances, que le premier avant-projet du Département de justice et police n'englobait pas, y sont également soumis. Cependant, plusieurs dispositions de la loi font une réserve expresse à leur égard, tandis que d'autres ont été élargies ou modifiées de manière à leur être mieux adaptées [9].

Quant aux agents occasionnels, l'art. 418 a al. 2 CO prévoit que, par convention écrite, la loi et même, sauf quelques exceptions [10], ses dispositions impératives pourront être déclarées inapplicables aux agents qui ne travaillent en cette qualité qu'à titre accessoire. Cette exception a été introduite pour tenir compte des particularités de la branche des assurances où nombre d'agents [11] tirent principalement leurs revenus de l'exercice d'une autre occupation. Elle se justifie lorsque l'intéressé consacre moins de la moitié de son temps à l'activité d'agent et qu'il retire de celle-ci moins de la moitié de ses ressources [12].

[8] Cf. art. 418 a al. 2 CO, art. 418 c al. 2 et 3 CO, art. 418 f al. 3 CO, art. 418 g al. 1 et 3 CO, art. 418 k al. 1 CO et art. 418 t al. 3 CO.

[9] Art. 418 e al. 3 CO concernant les pouvoirs de représentation de l'agent et réservant l'application des art. 34 et 44 al. 3 de la loi du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance.

[10] Les dispositions relatives au ducroire, à la prohibition de faire concurrence et la résiliation du contrat pour de justes motifs ne peuvent pas être rendues inopérantes par convention au détriment de l'agent.

[11] Par exemple, secrétaires communaux, officiers d'état civil, instituteurs, gérants d'immeubles, etc.

[12] Message du Conseil fédéral du 27 novembre 1947, Feuille fédérale 1947 III, p. 694. Bideau, fiche juridique suisse N° 585.

En matière de droit applicable, la loi contient une disposition de droit international privé. L'art. 418 b al. 2 CO précise, en effet, que si le champ d'activité de l'agent se trouve en Suisse, les rapports juridiques entre le mandant et l'agent sont régis par la loi suisse. Cette règle est conforme à la jurisprudence que le Tribunal fédéral avait rendue avant l'élaboration de la loi. C'est l'application du principe suivant lequel un contrat est, en règle générale, régi par la loi du pays avec lequel il a les rapports les plus étroits, à savoir la loi du lieu d'exécution; s'agissant d'un contrat d'agence, la loi est celle du lieu où l'agent exerce son activité [13].

Ce principe ne vaut cependant que lorsque les parties n'ont pas prévu l'application d'un autre droit. En effet, selon la doctrine dominante, l'art. 418 b al. 2 CO est de droit dispositif [14].

Relevons encore que les dispositions générales du Code des obligations (art. 1-183 CO) et celles relatives au mandat (art. 394-406 CO) sont naturellement applicables au contrat d'agence. De plus, pour autant que la loi le précise, certaines règles d'autres types de contrats sont également applicables à titre supplétif ou par analogie. Ainsi, le chapitre relatif au courtage est applicable à l'agent négociateur [15], le titre concernant la commission à l'agent stipulateur [16] (art. 418 b al. 1 CO) et les dispositions du contrat de travail à l'obligation contractuelle de ne pas faire concurrence (art. 418 d al. 2 CO) et à la résiliation du contrat pour justes motifs (art. 418 n al. 2 CO).

§ 4: Normes impératives et dispositives

La loi sur le contrat d'agence se distingue de la majorité des normes du Code des obligations, qui sont en principe de droit dispositif, et ne comportent aucune exigence de forme. Ce sont des considérations d'ordre social qui ont incité le législateur à restreindre le principe de la liberté

[13] RO 60 II 323 – JT 1935 I 328, RO 67 II 181 – JT 1942 I 119, RO 65 II 169 – JT 1940 I 14, RO 76 II 48 – JT 1951 I 570 et RO 78 II 74 – JT 1953 I 15, SJ 85 (1963) 431. Littmann, 50.

[14] Reber, SJZ 46 (1950) 122. Wehrli, pp. 51 et 52. Leiss, pp. 140 et 141. Littmann, p. 62, p. 70 ss., p. 81 ss. Hug, p. 370 ss. K. Fehr, p. 15 ss., SJZ 64 (1968) 117.

[15] Ire partie, chap. IV, § 1, section 4, lettre A.

[16] Ire partie, chap. IV, § 1, section 4, lettre B.

contractuelle dans ce domaine [17]. A cet égard, il ne nous semble pas superflu d'en dresser la liste:

Les dispositions suivantes ont un caractère impératif:

— Art. 418 c al. 3 CO: provision pour ducroire.
— Art. 418 d al. 2 CO: indemnité pour prohibition de faire concurrence.
— Art. 418 k al. 2 CO: droit de consulter les livres.
— Art. 418 m CO: indemnité en cas d'empêchement de travailler.
— Art. 418 o CO: droit de rétention.
— Art. 418 r CO: résiliation pour justes motifs [18].
— Art. 418 u CO: indemnité pour la clientèle.

Les dispositions suivantes requièrent la forme écrite:

— Art. 418 c al. 2 CO: représentation de plusieurs mandants.
— Art. 418 c al. 3 CO: ducroire.
— Art. 418 d al. 2 CO: prohibition de faire concurrence.
— Art. 418 g al. 1 CO: provision pour affaires conclues directement entre le mandant et des clients procurés par l'agent.
— Art. 418 g al. 3 CO: naissance du droit à la provision.
— Art. 418 k al. 1 CO: obligation du relevé de compte du mandant.
— Art. 418 q al. 1 CO: délai de résiliation.
— Art. 418 t al. 3 CO: exigibilité de la provision après la fin du contrat.

§ 5: Les éléments fondamentaux du contrat d'agence

Section 1: Indépendance juridique de l'agent

L'indépendance juridique de l'agent est un des éléments déterminant du contrat d'agence [19]. La circonstance la plus révélatrice de cette indépendance est le fait que l'agent est libre pour l'essentiel d'organiser son travail, de disposer de son temps comme il l'entend et qu'il n'est pas lié,

[17] Bulletin sténographique du Conseil national (1948), p. 3 ss.
[18] JT 1963 I 591 – RO 89 II 30.
[19] Le Code de commerce allemand donne une définition de cette indépendance, HGB § 84 Abs. I Satz 2: « Selbständig ist, wer im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. »

dans ce domaine, par les instructions de son mandant [20]. Plus les clauses contractuelles tendent à limiter sa liberté d'action, à lui imposer des règles de conduite dans l'emploi de son temps ou dans le choix de la clientèle, à l'enserrer dans un réseau d'instructions, plus cela plaide en faveur de l'existence d'un contrat de travail.

Dans une longue série d'arrêts [21] antérieurs à la loi sur le contrat d'agence, le Tribunal fédéral a toujours considéré que celui qui était d'une part libre dans l'emploi de son temps et d'autre part libre pour l'essentiel d'organiser son activité comme bon lui semblait, était partie à un contrat d'agence. Dans un arrêt, déjà ancien, du 11 juillet 1919, relatif à un agent d'assurances, le Tribunal fédéral a précisé que cet agent était indépendant dès lors qu'il n'était pas au service de son mandant pour une durée déterminée, contre une rémunération fixée d'avance et qu'il exerçait suivant ses propres convenances et contre des honoraires proportionnés à ses prestations l'activité qui lui était déléguée.

Il a par contre considéré [22], notamment dans un arrêt du 23 septembre 1927, concernant également un agent d'assurances, que ce dernier était de condition dépendante dès lors qu'il était, pour tout ce qui touchait à son activité et à l'emploi de son temps, soumis entièrement aux directives de sa compagnie. Le contrat prévoyait, en effet, que cette dernière fixait elle-même les heures d'ouverture de l'agence et les heures pendant lesquelles l'agent devait se tenir à la disposition du public. Une conception identique a été également adoptée par des juridictions cantonales [23].

Section 2: L'autonomie économique de l'agent

L'autonomie économique de l'agent est également un élément déterminant du contrat d'agence. C'est la contrepartie de l'absence de lien de subordination avec le mandant. Elle se manifeste principalement par le fait que l'agent, tel un commerçant indépendant ou un entrepreneur, supporte le risque commercial de son activité et apparaît, à ce titre, comme l'égal de son mandant [24].

[20] Message du Conseil fédéral du 27 novembre 1947, Feuille fédérale 1947 III, p. 693. Carry, p. 16.

[21] RO 45 I 214 - JT 1919 I 630, RO 46 I 234 – JT 1920 I 528, RO 50 I 198 – JT 1925 I 217, RO 53 I 370 – JT 1928 I 314.

[22] RO 53 I 371-372 – JT 1928 I 314, RO 66 I 86 – JT 1940 I 484.

[23] ZR 1945 31, ZR 1951 282, ARV 5 (1957) N° 19 et N° 20, ARV 6 (1958) N° 38, SJZ 48 (1952) 363, ZBJV 91 (1955) 385.

[24] Berger, p. 43.

D'autres indices impliquent aussi que l'agent bénéficie d'une telle autonomie. Ce sont notamment le fait qu'il est inscrit au Registre du commerce, qu'il tient sa propre comptabilité, qu'il fait personnellement de la réclame, qu'il engage lui-même son propre personnel, qu'il est seul locataire des bureaux qu'il occupe et dont il a la charge de payer les loyers, qu'il travaille simultanément pour plusieurs mandants, qu'il perçoit à titre de rémunération une provision calculée en fonction du résultat de son travail [25].

Enfin, on mentionne parfois au nombre des critères permettant de conclure à une autonomie économique de l'agent, l'engagement qu'il peut être amené à prendre de répondre du paiement ou de l'exécution des autres obligations incombant à ses clients ou celui de supporter tout ou partie des frais de recouvrement des créances (ducroire), tel que le prévoit l'art. 418 c al. 3 CO. On ne saurait, cependant, se fonder sur cet engagement d'une manière absolue, puisque, en règle générale, seul le mandant doit supporter les risques d'insolvabilité des clients, alors que l'obligation du ducroire est l'exception [26].

Section 3: Rapports de droit durables

Aux termes de l'art. 418 a al. 1 CO, l'agent s'oblige à agir pour autrui à titre permanent. Cela ne signifie pas que le contrat d'agence doit être conclu pour une période minimum déterminée. Il importe peu, en effet, de savoir pour combien de temps le contrat est conclu, mais il est, par contre, essentiel que pendant la durée de son engagement l'agent s'applique à négocier et à conclure un nombre indéterminé d'affaires [27].

Ainsi, celui qui est chargé, pour une saison ou pour la durée d'une foire ou d'une exposition, de négocier et de conclure des affaires est aussi un agent.

Le contrat d'agence implique donc une certaine continuité de services.

[25] RO 45 I 214 – JT 1919 I 630, SJZ 48 (1952) 363, RO 50 I 198 – JT 1925 I 217, Message du Conseil fédéral du 27 novembre 1947, Feuille fédérale 1947 III 693.

[26] Carry, p. 15.

[27] Padel, p. 31. Langmack, p. 16. Schweingruber, p. 14. Zürcher, p. 17. Schaerer, p. 31. Berger, p. 40. Leiss, p. 23. Wehrli, p. 29. Message du Conseil fédéral du 27 novembre 1947, Feuille fédérale 1947 III, p. 692.

Chapitre III

LE CONTRAT D'AGENCE ET CERTAINS CONTRATS AYANT UNE FONCTION ÉCONOMIQUE VOISINE

§ 1: Le contrat d'agence et le statut du voyageur de commerce: critères de distinction

Les dispositions réglementant le contrat d'agence et le statut du voyageur de commerce se trouvent dans le Code des obligations, respectivement aux art. 418 lettres a à v CO et aux art. 347 à 350 a CO, qui ont abrogé dès le premier janvier 1972 la loi fédérale sur les conditions d'engagement des voyageurs de commerce du 13 juin 1941.

Le voyageur de commerce et l'agent présentent de nombreuses analogies. Tous deux ont la même fonction économique, c'est-à-dire qu'ils sont les intermédiaires entre l'entreprise qu'ils représentent et la clientèle. D'une façon générale, cependant, ils se distinguent l'un de l'autre par l'indépendance dont jouit l'agent par rapport à son mandant, tandis que le voyageur de commerce se trouve vis-à-vis de la maison qu'il représente dans un rapport de subordination [1].

Il convient donc d'examiner les critères et indices qui permettent de différencier ces deux catégories d'intermédiaires. Dans la pratique, ce ne sera pas toujours facile, car, comme le dit Bideau [2]: « Pour connaître la nature du contrat, on fera chaque fois la pesée de tous les éléments de l'engagement pour départager les indices de subordination des indices d'indépendance, que la pratique embrouille souvent à dessein pour échapper à la loi fédérale sur les conditions d'engagement dont les dispositions de protection légale pèsent d'un poids plus lourd sur le patronat. »

A titre liminaire, soulignons que la qualification donnée par les parties à leur contrat n'est pas juridiquement déterminante, en vertu

[1] RO 99 II 313 – JT 1974 I 287.

[2] Commentaire de la loi fédérale sur le contrat d'agence, p. 2.

de l'art. 18 CO, qui précise que: « Pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il y a lieu de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention. »

Section 1: Le mode de rémunération

A. — La provision

La rémunération sous forme de provision ne saurait être considérée comme un critère de distinction très utile [3]. En effet, si en principe l'agent ne travaille qu'à la provision, l'art. 349 a CO dispose à son al. 1: « Que l'employeur paie au voyageur de commerce un salaire comprenant un traitement fixe, avec ou sans provision », et à son al. 2: « Un accord écrit, prévoyant que le salaire consiste exclusivement ou principalement en une provision, n'est valable que si cette dernière constitue une rémunération convenable des services du voyageur de commerce. »

Toutefois, le montant de la provision pourra parfois permettre de conclure à l'existence d'un contrat d'agence. Si le taux de la provision est particulièrement élevé, on en déduira que le mandant a voulu y inclure tout ou partie des frais professionnels qu'il n'est cependant pas légalement tenu de payer (art. 418 n CO). Si, par contre, l'employeur a conformément à l'art. 347 a litt. c CO l'obligation de rembourser les frais professionnels, il sera enclin à fixer le taux de la provision plus bas [4].

Si le paiement d'une provision ne permet guère de déterminer la nature du contrat, l'allocation d'un traitement fixe sera un indice relativement sûr.

B. — Le traitement fixe

De par sa nature, cette forme de rémunération plaide fortement en faveur du contrat de travail. En effet, le traitement fixe ne se mesure pas d'après le résultat obtenu, mais en fonction du temps de travail, ce qui est incompatible avec la notion du contrat d'agence.

[3] RO 90 II 483 – JT 1965 I 254.
[4] SJZ 53 (1957), N° 44, p. 78, SJZ 49 (1953), N° 152, p. 366.

Il faut toutefois réserver le cas où le traitement fixe est en réalité la garantie d'un minimum de provision. L'indice en faveur du contrat de travail s'atténue alors sensiblement.

Section 2: Le remboursement des frais professionnels du représentant

Selon l'art. 418 n CO et sauf convention ou usage contraire, l'agent ne peut pas exiger d'être crédité des frais et débours résultant de l'exercice normal de son activité, alors qu'aux termes des art. 347 a al. 1 c et 349 d CO, le voyageur de commerce a droit au remboursement de ses frais. De plus, l'al. 2 de l'art. 349 d Co précise que les accords, prévoyant que tout ou partie de l'indemnité pour frais est comprise dans le traitement fixe ou la provision, sont nuls.

De même que le mode de rémunération, le remboursement des frais professionnels du représentant n'est pas un critère absolu [5]. En effet, si en principe tous les frais engagés par l'agent dans l'exercice de ses fonctions sont à sa charge, il se trouve des agents dont les frais sont en partie supportés par leur mandant.

De plus, il peut arriver que, bien que tous les frais soient supportés par le représentant, l'ensemble du contrat fasse apparaître que l'on se trouve néanmoins en présence d'un contrat de travail, auquel cas la clause relative aux frais serait frappée de nullité, conformément à l'art. 349 d al. 2 CO.

Si, en revanche, la maison représentée supporte tous les frais du représentant, cela constitue un indice en faveur du contrat de travail pour cette raison essentielle qu'il y a suppression des risques de l'activité économique.

Section 3: Les prestations sociales et le paiement de cotisations à l'AVS

Le fait pour le représentant d'avoir droit à des prestations sociales, notamment en cas de maladie, d'accident, de service militaire, ne constitue pas un indice déterminant. En effet, les art. 418 m CO pour l'agent et 324 a et b CO et 349 c CO pour le voyageur de commerce contiennent le principe d'une indemnisation sous la forme d'une rémunération équitable ou du versement d'un salaire pour un temps déterminé.

[5] SJZ 48 (1952) 46, SJZ 53 (1957) 78, SJ 77 (1955) 311, ZBJV 91 (1955) 385.

Il en est de même du droit à des vacances payées. Le versement par le représentant de cotisations à l'AVS, à titre d'affilié à une caisse de compensation comme assuré ayant une activité indépendante, ou la prise en charge par l'employeur de telles cotisations, ne permettent pas de conclure d'une façon décisive à un contrat d'agence ou à un contrat de travail, en l'absence d'autres indices [6].

En effet, la loi sur l'AVS du 31 octobre 1947, à ses articles 4 à 9, distingue les notions d'activité dépendante et d'activité indépendante, qui devraient donc se recouper avec celles de contrat de travail et de contrat d'agence. Ce n'est malheureusement pas le cas, car dans le cadre de l'AVS la notion d'activité indépendante est très restrictive. La pratique de l'administration se base beaucoup plus sur la situation économique que sur la situation juridique du représentant à l'égard de son mandant [7].

A cet égard, le Tribunal fédéral des assurances a jugé que la pratique de l'AVS, considérant l'agent commercial comme salarié, n'est pas en contradiction avec la loi fédérale sur le contrat d'agence [8]. Il a précisé qu'il importait peu que l'activité d'un représentant soit régie par la loi fédérale sur les conditions d'engagement des voyageurs de commerce ou que les parties soient liées par un contrat d'agence au sens du Code des obligations [9], car l'élément décisif n'est pas son statut juridique, mais sa situation de fait [10].

D'une manière générale, un représentant de commerce n'exerce une activité lucrative indépendante que s'il supporte entièrement ou en grande partie un risque analogue à celui d'un négociant ou d'un entrepreneur, établi à son compte et qui est pour l'essentiel son propre maître dans l'organisation de son travail [11].

Tel est notamment le cas:

— du représentant de commerce qui achète auprès de différents grossistes les marchandises destinées à la vente et qui détermine lui-même sa marge de bénéfice [12].

[6] SJ 77 (1955) 311.
[7] ATFA 1955 p. 23 ss., p. 174 ss., Wehrli, p. 45.
[8] RCC 1958 391.
[9] RCC 1950 378, 1952 356, 1955 153.
[10] RCC 1960 431.
[11] RCC 1951 421 et 422, 1955 153.
[12] RCC 1949 300.

— de l'agent commercial, à la tête d'une entreprise d'une dizaine d'employés, dont il assume tous les frais, qui travaille pour plusieurs maisons et dispose de locaux commerciaux [13].

En revanche, le Tribunal fédéral des assurances a jugé que d'une manière générale l'agent commercial, comme le voyageur de commerce et le courtier en publicité, est réputé exercer une activité dépendante, même s'il est inscrit au Registre du commerce, tient une comptabilité commerciale, dispose d'un bureau à son nom, ou s'il est membre d'une société en nom collectif ou président du conseil d'administration d'une société anonyme [14].

Tel est notamment le cas:

— de l'agent local de banque, dont l'activité est réglée jusque dans les moindres détails quant à l'emploi de son temps et l'organisation de son travail. A cet égard, il importe peu qu'il soit rétribué à la commission et qu'il ait le pouvoir de s'adjoindre des auxiliaires à ses frais et sous sa responsabilité [15];

— de l'intermédiaire dont l'activité principale est la visite des clients et qui, à côté d'un petit dépôt obligatoire, ne reçoit pas plus de marchandises de son mandant que ce qui lui a été commandé par ses clients [16];

— de l'« agent » à l'égard duquel il existe des indices suffisants pour admettre une dépendance économique et une subordination dans l'organisation du travail, même si son mandant lui laisse une grande liberté dans l'emploi de son temps, dont l'agence a tendance à être considérée comme sa propre entreprise en raison du fait qu'il engage des employés et loue lui-même les locaux commerciaux nécessaires [17];

— du représentant en appareils ménagers qui ne possède pas d'installation et de personnel propre, même s'il passe des contrats en son nom et les cède ensuite à son fournisseur [18];

— du représentant dont le rayon d'action est exactement délimité, qui n'entretient aucun stock, qui reçoit des instructions relatives aux

[13] RCC 1959 18, 1967 428.
[14] RCC 1953 393, 1955 153, 1959 296, 1960 431, 1971 91, 1972 330, 1975 28.
[15] RCC 1953 203, 1954 146.
[16] RCC 1956 70.
[17] RCC 1949 428, 1950 191, 1953 393, 1955 82, 1956 65.
[18] RCC 1966 570.

conditions de vente, qui est soumis à une interdiction de faire concurrence, qui doit observer un délai de congé d'un an pour résilier le contrat le liant à son employeur et dont les contrats de vente doivent être approuvés par ce dernier [19];

— du représentant d'une compagnie d'assurances, astreint à suivre les instructions de l'agent général, même s'il jouit d'une grande liberté dans l'exercice de son activité [20];

— de la personne exerçant accessoirement une activité d'agent d'assurances [21].

Il en résulte que si l'activité du représentant a été qualifiée de dépendante au sens de l'AVS, on peut néanmoins se trouver en face d'un contrat d'agence. Si, au contraire, l'activité du représentant a été qualifiée d'indépendante, on se trouvera presque à coup sûr en face d'un tel contrat [22].

Section 4: *Le fait de représenter une ou plusieurs maisons*

Ce critère n'a lui aussi qu'une valeur relative [23]. Il résulte, en effet, de la loi que l'agent (art. 418 c al. 2 CO) et le voyageur de commerce (art. 349 d al. 1 CO) peuvent travailler en même temps pour le compte de plusieurs maisons. Cependant, il est évident que plus le représentant exerce son activité pour un grand nombre d'entreprises, plus on s'éloigne du contrat de travail pour s'approcher du contrat d'agence ou plus encore du courtage. Car, si l'on peut concevoir un lien de subordination chez une personne qui est au service de deux entreprises [24], il est, en revanche, matériellement impossible à celui qui représente dix entreprises [25] de se plier aux ordres de ses dix mandants. Une telle personne jouira fatalement d'une situation indépendante [26].

[19] RCC 1951 454, 1956 145.
[20] RCC 1955 413.
[21] RCC 1964 27.
[22] Vetsch, dans SJZ 48 (1952) 284.
[23] SJZ 48 (1952) 284 (Vetsch), Message du Conseil fédéral du 27 novembre 1947, Feuille fédérale 1947 III, p. 693.
[24] RO 66 I 86 et 87 – JT 1940 I 484.
[25] Arrêt Winkler du 15.6.1937, mentionné dans JT 1940 I 484.
[26] Carry, p. 8.

Section 5: Autres critères de distinction

Il convient encore de mentionner divers critères qui, selon la jurisprudence, inclinent à penser que l'on est en présence d'un contrat de travail. Ce sont: l'obligation pour l'agent d'adresser des rapports réguliers (journaliers ou hebdomadaires), de se présenter régulièrement à l'employeur, d'exécuter le travail selon les directives par lui données, de participer à des cours d'enseignement et de démonstration, de voyager ou d'effectuer le travail lui-même, d'établir une cartothèque avec inscription des visites aux clients et du résultat des démarches entreprises, de payer une peine conventionnelle lorsqu'il s'abstient de voyager un jour, de fixer le temps de repos ou des vacances, d'établir le décompte des frais journaliers.

§ 2: Le courtage

Selon l'art. 412 CO, « le courtage est un contrat par lequel le courtier est chargé, moyennant un salaire, soit d'indiquer à l'autre partie l'occasion de conclure une convention, soit de lui servir d'intermédiaire pour la négociation d'un contrat ».

Le courtage présente une parenté indéniable avec le contrat d'agence. Nous en voulons pour preuve l'art. 418 b al. 1 CO, qui prévoit que le chapitre relatif au courtage est applicable à titre supplétif aux agents négociateurs. Ces deux contrats se distinguent principalement l'un de l'autre par le fait que le courtier n'est pas lié à son mandant par un rapport de droit durable [27], qu'il ne travaille ordinairement pour ce dernier qu'occasionnellement et que ses obligations prennent fin par l'accomplissement du mandat qui lui a été confié. Observons, cependant, que les relations entre parties peuvent être suivies, bien qu'occasionnelles, notamment dans le courtage immobilier ou hôtelier.

En outre, le courtier, à la différence de l'agent, est un représentant neutre [28] qui entend sauvegarder les intérêts des deux parties. Enfin, il n'est soumis à aucune prohibition de concurrence et peut donc s'occuper simultanément d'un grand nombre de mandats portant sur des objets identiques [29].

[27] Padel, p. 33. Turrettini, p. 44. Leiss, p. 29.
[28] Schaerer, p. 32.
[29] Turrettini, p. 22.

§ 3: La commission

Aux termes de l'art. 425 CO, « le commissionnaire en matière de vente ou d'achat est celui qui se charge d'opérer en son propre nom, mais pour le compte du commettant, la vente ou l'achat de choses mobilières ou de papiers-valeurs, moyennant un droit de commission (provision) ».

Comme le courtage, la commission est une variété de mandat qui présente des analogies avec le contrat d'agence, notamment en ce qui concerne l'agent stipulateur (art. 418 b al. 1 CO). Cependant, à la différence de l'agent et du courtier, s'il travaille comme eux pour le compte d'autrui, il agira toujours en son nom personnel, comme représentant indirect [30].

Il se distingue encore de l'agent par le caractère occasionnel de son mandat, par l'absence de rapports de droit durables avec son commettant [31] à l'égard duquel il bénéficie d'une plus grande indépendance que l'agent [32].

§ 4: Le contrat d'entreprise

Alors que le contrat d'agence n'était pas encore réglementé par la loi, la doctrine et la jurisprudence avaient tenté de lui appliquer certaines règles du contrat d'entreprise. La loi définit le contrat d'entreprise comme une convention par laquelle l'entrepreneur s'oblige, moyennant salaire, à exécuter un ouvrage déterminé en faveur du maître (art. 363 CO). On entend par ouvrage, une chose corporelle ou incorporelle, le résultat d'un travail déterminé.

Il résulte de cette définition que le contrat d'entreprise ne présente qu'une analogie apparente avec le contrat d'agence. En effet, si l'entrepreneur s'oblige à exécuter un ouvrage déterminé, constituant un bien juridique nouveau, distinct et formant un tout [33], on ne saurait parler d'ouvrage à propos de l'engagement durable et général que prend l'agent de négocier ou de conclure un nombre indéterminé d'affaires [34].

[30] Leiss, p. 29.
[31] Schaerer, p. 31. Wehrli, p. 30.
[32] Padel, p. 40.
[33] Guhl, p. 292.
[34] Wehrli, p. 29. Blatter, p. 26. Dubois, p. 24. Langmack, p. 24. Sontag, N° 2 ad. art. 418 a CO.

§ 5: Le contrat de « représentation exclusive »

La pratique use fréquemment de l'expression « contrat de représentation exclusive » [35]. Certains préfèrent la dénomination de « contrat de concession de vente exclusive » ou « contrat de distribution exclusive » ou encore « contrat de vente exclusive » [36].

Le contrat de représentation exclusive est, d'après la doctrine dominante, un contrat *sui generis* qui relève de la vente, du contrat d'agence et du mandat [37]. Selon le Tribunal fédéral [38]: « Il a ceci de particulier qu'il a pour objet deux rapports d'échange. Il y a tout d'abord la remise d'un droit de vente exclusif en vertu duquel le fournisseur assume l'obligation de s'abstenir de vendre dans une certaine région réservée contractuellement au représentant, tandis que celui-ci a l'obligation de développer dans cette région la vente des marchandises du fournisseur. Un deuxième groupe de prestations réciproques consiste dans le droit et l'obligation du fournisseur de livrer la marchandise, d'une part, et l'obligation du représentant d'en prendre livraison et d'en payer le prix, d'autre part. »

Comme le contrat d'agence, il crée un rapport de droit durable et les règles relatives à la résiliation en général et à la résiliation pour justes motifs (art. 418 q et 418 n CO) lui sont applicables [39].

En revanche, le représentant exclusif se distingue de l'agent, d'une part, parce qu'il achète et vend en son propre nom et pour son propre compte, alors que l'agent n'est ni acheteur vis-à-vis de son mandant, ni vendeur à l'égard de ses clients [40], parce qu'il n'apparaît pas comme un véritable représentant au sens juridique du terme, et, d'autre part, parce qu'il jouit, de par sa situation économique, d'une liberté de décision plus grande, d'une indépendance plus marquée à l'égard des instructions de son mandant, ainsi que de chances de bénéfices plus élevées [41].

Relevons enfin que, si les clients avec lesquels l'agent a traité deviennent les clients du mandant, le représentant exclusif possède sa propre clientèle dont il n'est en général pas comptable à l'égard de ce dernier.

[35] En allemand: « Alleinvertretungsvertrag » ou « Alleinvertretsvertrag ».

[36] Bénédict, pp. 14-15.

[37] RO 54 II 337 – JT 1935 I 165.

[38] RO 78 II 32 – JT 1952 I 492, SJ 1962 (84) 62, SJ 1967 (89) 471.

[39] RO 78 II 32 – JT 1952 I 492 – RO 89 II 30 – JT 1963 I 591, Wehrli, pp. 30-31.

[40] RO 88 II 169 – JT 1963 I 188, RO 88 II 325 – JT 1963 I 155, SJ 1954 (76) 39, SJ 1962 (84) 62, SJ 1963 (85) 40.

[41] Schönle, p. 142. Wehrli, p. 31, RO 88 II 169 – JT 1963 I 188.

Chapitre IV

LES PARTIES AU CONTRAT D'AGENCE

§ 1: L'AGENT

Ordinairement, l'agent est une personne physique. Cependant, rien dans la loi ne s'oppose à ce qu'une personne morale ait la qualité d'agent[1].

Section 1: Tâches et fonctions de l'agent

En tant que mandataire permanent, l'agent a le devoir soit de négocier, soit de conclure des affaires pour son mandant. C'est une tâche générale qui peut aussi bien comprendre la vente et l'achat de biens matériels ou immatériels, que la conclusion de contrats en tous genres [2].

Le rôle de l'agent consiste donc principalement et dans un rayon géographique donné à rechercher sans relâche de nouveaux clients et s'il en a les pouvoirs à conclure, en qualité de représentant de son mandant, les affaires qu'il a négociées. Pour mener à bien cette tâche, l'agent exerce des fonctions de direction et d'administration comme n'importe quel chef d'entreprise indépendant.

Cependant, son activité ne se limite pas à ces fonctions. L'agent a également d'autres attributions qui, à elles seules, ne sont pas constitutives d'un contrat d'agence [3]. L'agent entretient notamment des relations suivies avec la clientèle, examine la solvabilité des clients, procède à l'encaissement des factures, renseigne le mandant sur l'orientation du marché, sur les prix pratiqués par la concurrence et sur les goûts et

[1] Wehrli, p. 26. Leiss, p. 16.

[2] Wehrli, p. 26. Leiss, p. 22. Message du Conseil fédéral du 27 novembre 1947, Feuille fédérale 1947 III, p. 665. Hug, p. 340. Zürcher, p. 16. Sontag, art. 418 a rem. 5, RO 84 II 529 ss. – JT 1959 II 332.

[3] Zürcher, p. 15. Dürr pp. 90 et 167.

critiques du public (marketing); parfois, il doit gérer les stocks, assurer la publicité des produits qu'il vend, protéger les intérêts de son mandant contre les tiers (concurrence déloyale, protection de la marque)[4].

Section 2: L'agent et son inscription au Registre du commerce

Aux termes des art. 934 al. 1 CO et 53 lit. A, chiffre 3, de l'ordonnance sur le Registre du commerce, l'agent est tenu en principe et sans égard à son chiffre d'affaires de requérir son inscription au Registre du commerce. C'est le cas lorsque l'agent supporte un risque commercial, agit de son propre gré et décide librement de son emploi du temps[5].

Section 3: Les pouvoirs de représentation de l'agent

C'est l'art. 418 e CO qui détermine ces pouvoirs et complète les dispositions générales des art. 32 ss. et 462 CO. Aux termes de l'art. 418 e al. 1 CO et sauf convention contraire, l'agent ne peut, comme le voyageur de commerce (art. 348 b al. 1 CO), que négocier des affaires. Il ne peut en conclure pour le mandant qu'en vertu d'un pouvoir spécial, tacite ou exprès, dont la validité n'est cependant pas subordonnée à l'observation de la forme écrite, contrairement à ce que prévoit l'art. 348 b al. 1 CO pour le voyageur de commerce.

En outre, l'agent est réputé avoir le droit de recevoir les plaintes relatives aux défauts de la marchandise (art. 201 ss. et 367 ss. CO) et les déclarations analogues des clients (par exemple en cas de demeure du mandant, art. 190 al. 2 CO; en cas de résiliation de la vente ou de réduction du prix, art. 205 ss. CO; en cas de dénonciation et de résiliation du contrat). Les clients sauvegardent donc leurs droits en faisant ces déclarations à l'agent exclusivement, mais ils peuvent naturellement les adresser aussi à leur cocontractant. L'agent est tenu de transmettre immédiatement au mandant les déclarations qui lui ont été faites. Enfin, il est réputé avoir le pouvoir d'exercer les droits qui incombent au man-

[4] Leiss, p. 6.

[5] Wehrli, p. 44. Padel, p. 26. von Steiger, p. 240. Langmack, p. 20. Sigg, p. 55. RO 66 I 82 – JT 1940 I 484, RO 68 II 334 – JT 1943 I 241, RO 70 I 104 – JT 1944 I 580, RO 70 I 205 – JT 1944 I 581, RO 84 I 187 – JT 1959 I 477, RO 91 I 139 – JT 1965 I 639, SJZ 48 (1952) 363, ZBJV 91 (1955) 385.

dant pour assurer ses moyens de preuve et a même le devoir de les exercer conformément aux usages du commerce [6].

En revanche, selon l'al. 2 de l'art. 418 e CO, l'agent n'est pas présumé avoir le droit d'accepter des paiements ou d'accorder des délais et de convenir avec les clients d'autres modifications du contrat [7], sauf convention contraire qui ne nécessite pas la forme écrite. Il en est de même pour le voyageur de commerce aux termes de l'art. 348 b al. 2 CO qui a abrogé l'art. 463 CO qui prévoyait le contraire. L'al. 3 de l'art. 418 e CO réserve, en ce qui concerne les agents d'assurances, les articles 34 et 44 al. 3 de la loi sur le contrat d'assurance que nous traiterons au chapitre VII, paragraphe 4.

Section 4: Différentes catégories d'agents

L'art. 418 a CO distingue trois catégories d'agents:

A. — L'agent négociateur [8]

Son rôle est de fournir au mandant le plus possible de clients et les meilleurs [9]. A cet effet, il doit se rendre auprès de la clientèle, lui recommander son entreprise, lui communiquer les renseignements qu'elle désire (prospectus, tarif, etc.) et obtenir des commandes. Il n'est pas habilité à accepter les offres qu'il a négociées. Son activité correspond à celle du courtier.

B. — L'agent stipulateur [10]

Il joue le même rôle que l'agent négociateur, mais sa tâche ne s'arrête pas là. Il a le pouvoir de conclure des affaires au nom et pour le compte du mandant et procède à tous les actes que comprend la conclusion d'un contrat. Par ses déclarations, il lie en règle générale le mandant. Son activité tend à se confondre avec celle du commissionnaire, sans

[6] Message du Conseil fédéral du 27 novembre 1947, Feuille fédérale 1947 III, p. 696.

[7] Plusieurs membres de la commission du Conseil national voulaient accorder ces pouvoirs à l'agent.

[8] Testuz, pp. 32-33.

[9] Padel, p. 15.

[10] Testuz, pp. 32-33.

être toutefois limitée à l'achat et à la vente de choses mobilières et de papiers-valeurs (art. 425 al. 1 CO).

La distinction entre l'agent négociateur et l'agent stipulateur n'est pas très rigide. Le même agent peut très bien, suivant les affaires traitées, agir une fois en qualité d'agent négociateur et une autre fois en qualité d'agent stipulateur. S'il représente plusieurs mandants, il pourra être agent négociateur pour l'un et agent stipulateur pour un autre [11].

C. — L'agent occasionnel

On le rencontre surtout dans le domaine des assurances. Il travaille à titre accessoire, par quoi la doctrine entend qu'il consacre moins de la moitié de son temps à son activité d'agent et qu'il en retire moins de la moitié de ses ressources [12]. Ordinairement, il ne représente qu'un seul mandant et dans des affaires de même nature. Il n'a pas un besoin particulier de protection spéciale, puisqu'il tire principalement ses revenus de l'exercice d'une autre activité (par exemple: instituteur, officier d'état civil, gérant d'immeubles, secrétaire communal).

C'est pourquoi l'art. 418 a al. 2 CO prévoit que, par convention écrite, il pourra être soustrait aux dispositions de la loi sur le contrat d'agence, à l'exception cependant des règles relatives au ducroire, à la prohibition de faire concurrence et à la résiliation du contrat pour de justes motifs.

§ 2: Le mandant

Toute personne physique ou morale peut avoir la qualité de mandant[13]. Il n'est pas nécessaire que ce soit une personne inscrite au Registre du commerce en qualité de commerçant. Un paysan, un éleveur d'abeilles, un vigneron, un propriétaire de forêts, un artiste, un collectionneur peut aussi avoir la qualité de mandant [14]. Cependant, le plus souvent, le mandant sera un commerçant.

Remarquons encore que le mandant peut être lui-même agent [15].

[11] Wehrli, p. 37.

[12] Bideau, fiche juridique suisse N° 585, Message du Conseil fédéral du 27 novembre 1947, Feuille fédérale 1947 III, p. 694. Leiss, p. 27. Sigg, p. 41. Berger, p. 67. Zürcher, p. 18.

[13] Ce n'est pas le cas de l'employeur du voyageur de commerce qui, aux termes de l'art. 347 al. 1 CO, doit être commerçant, industriel ou chef d'une entreprise exploitée en la forme commerciale.

[14] Wehrli, p. 26. Zürcher, p. 16. Littmann, p. 38. Leiss, p. 18. Message du Conseil fédéral du 27 novembre 1947, Feuille fédérale 1947 III, p. 691.

[15] Leiss, p. 19. Wehrli, p. 38. Schweingruber, p. 22. Zürcher, p. 15.

Chapitre V

LES OBLIGATIONS DES PARTIES AU CONTRAT

§ 1: Les obligations de l'agent

Section 1: L'obligation de diligence

La loi, à son art. 418 c al. 1 CO, se borne à prévoir que « l'agent veille aux intérêts du mandant avec la diligence requise d'un bon commerçant ». Cela signifie que l'agent a l'obligation de sauvegarder les intérêts de son mandant, comme ce dernier le ferait lui-même. Cette obligation ne lui interdit pas d'avoir recours à des auxiliaires (sous-agents) dont il est responsable [1]. En cas de conflit d'intérêts avec un client, il doit agir au profit exclusif de son mandant.

En outre, l'agent a, en sa qualité de mandataire permanent, le devoir de travailler sans relâche [2] bien que, dans le cadre de son activité, il soit libre pour l'essentiel d'organiser son travail et de disposer de son temps. L'art. 418 c al. 1 CO, comme le prévoient les art. 4 de la loi fédérale sur les conditions d'engagement des voyageurs de commerce aujourd'hui abrogé, 321 a al. 1 CO et 348 CO, va donc plus loin que l'art. 398 al. 2 CO qui prévoit que le mandataire est responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat. L'étendue de ce devoir de diligence est déterminée par le contrat et les usages commerciaux. Il consiste notamment à maintenir, à renouveler et à augmenter le volume de la clientèle par la recherche de nouvelles commandes, à observer les prix fixés et les conditions de vente prescrites, à se renseigner sur la

[1] Message du Conseil fédéral du 27 novembre 1947, Feuille fédérale 1947 III, p. 694. Bideau, fiche juridique suisse N° 585.

[2] Message du Conseil fédéral du 27 novembre 1947, Feuille fédérale 1947 III, p. 694. Padel, p. 48. Langmack, p. 35. Schaerer, p. 50 ss. Wehrli, pp. 55-56.

solvabilité des clients, à refuser tout avantage particulier de leur part, sauf convention ou usage commercial contraire [3].

L'agent qui reste inactif viole ses obligations contractuelles et engage sa responsabilité pour le dommage causé. Une telle responsabilité, dont la preuve des éléments qui la justifient incombe au mandant, est difficile à rapporter, dès lors que l'agent n'est pas tenu de respecter un horaire de travail déterminé. De plus, le mandant ne peut se baser sur le volume des affaires conclues par son représentant pour établir sa responsabilité, car la conclusion d'une affaire peut échouer en raison de circonstances diverses [4].

En ce qui concerne l'action en dommages et intérêts dont le mandant disposerait, Schaerer [5] souligne qu'il n'est pas possible de déterminer avec exactitude le dommage subi, en d'autres termes le bénéfice manqué qu'on pourrait raisonnablement escompter d'après le cours normal des affaires, sauf dans l'hypothèse où l'agent aurait négligé une occasion sûre d'en conclure une.

Le mandant n'est cependant pas démuni de tous moyens. Il pourra toujours résilier le contrat, l'inactivité étant un juste motif de résiliation (art. 418 r CO) [6]. Pour remédier à ces inconvénients, certains contrats d'agence imposent à l'agent de réaliser, dans une période déterminée, un chiffre d'affaires minimum. S'il n'y parvient pas, il pourra être tenu de s'acquitter d'une peine conventionnelle ou de subir une réduction du taux de ses provisions [7].

Il faut remarquer que l'obligation de diligence de l'agent est très difficile à délimiter et qu'il s'agit là surtout d'une question d'appréciation, compte tenu de la branche d'activité dont il s'agit et de ses usages, ainsi que des stipulations des parties.

Notons enfin que le droit qu'a l'agent de travailler simultanément pour plusieurs entreprises (art. 418 c al. 2 CO) n'est pas contraire à l'obligation de diligence, dès lors que le mandant peut le supprimer par convention écrite.

[3] Message du Conseil fédéral du 27 novembre 1947, Feuille fédérale 1947 III, p. 694. Bideau, fiche juridique suisse N° 585.

[4] Wehrli, p. 56.

[5] Schaerer, p. 51.

[6] Message du Conseil fédéral du 27 novembre 1947, Feuille fédérale 1947 III, p. 694, ZR 6 N° 112.

[7] Wehrli, p. 56. Langmack, p. 47. Schaerer, p. 66.

Section 2: L'obligation de garder le secret des affaires

L'obligation de ne pas utiliser ou révéler les secrets d'affaires du mandant, qui ont été confiés à l'agent ou dont il a eu connaissance en raison du contrat, résulte du devoir de diligence. Comme le précise la loi, cette obligation subsiste même après la fin du contrat.

L'agent jouit d'une indépendance beaucoup plus grande que celle du voyageur de commerce. A comparer les dispositions législatives (art. 418 d al. 1 CO et 5 al. 3 LCEVC, abrogé par l'art. 321 a al. 4 CO), le devoir de discrétion qui lui est imposé doit s'entendre dans un sens relatif et non absolu [8]. Ainsi, il n'est pas tenu de garder le secret sur tous les faits destinés à rester confidentiels, mais seulement sur les secrets d'affaires, soit notamment les listes de clients fournies par le mandant, les livres de comptabilité, les bilans et inventaires, les tarifs, les prix d'achat et de vente [9], ainsi que sur les secrets de fabrication.

La jurisprudence a précisé que les adresses des clients que l'agent a acquis lui-même, ainsi que les affaires qui résultaient directement de son activité personnelle, ne tombaient pas sous le coup de cette obligation [10].

Ces nuances dans le degré de l'obligation de discrétion se justifient pleinement, car, comme Bideau [11] le souligne, l'avenir économique de l'agent pourrait être gravement compromis par une obligation trop stricte de garder le secret des affaires après la fin du contrat. En revanche, nous contestons l'opinion de H. Schaerer [12], pour qui la clientèle en général est un secret d'affaires, dès lors que l'agent ne peut, aux termes de l'art. 418 u CO, réclamer une indemnité pour les clients qu'il a acquis personnellement que si le mandant en retire un profit effectif et si le motif de résiliation ne lui est pas imputable.

[8] Message du Conseil fédéral du 27 novembre 1947, Feuille fédérale 1947 III, p. 696. Bideau, Fiche juridique suisse N° 585. Schaerer, p. 54. Vetsch, dans SJZ 1952 (48) 284.

[9] Bideau, Fiche juridique suisse N° 585.

[10] RO 44 II 56 – JT 1918 I 311, RO 61 II 92 ss. – JT 1935 I 497. Wehrli, p. 60. Message du Conseil fédéral du 27 novembre 1947, Feuille fédérale 1947 III, p. 696. Blatter, p. 62. Meister, p. 25. Vetsch, dans SJZ 1952 (48) 284.

[11] Délibérations de la commission d'experts, 2e session, 15-16 novembre 1944, p. 21.

[12] Schaerer, p. 54.

Section 3: La prohibition de concurrence

En complément de l'obligation de garder le secret des affaires, le mandant peut, selon l'art. 418 d al. 2 CO, convenir d'une prohibition de concurrence, moyennant une indemnité équitable. Les dispositions du contrat de travail étant applicables par analogie, cette clause requiert la forme écrite et ne produit ses effets qu'après la fin du contrat.

La prohibition légale de faire concurrence pendant la durée du contrat (art. 464 CO) n'est en principe pas applicable à l'agent sauf dans l'hypothèse où il travaille pour le compte de plusieurs mandants (art. 418 c al. 2 CO)[13].

A. — Conditions de validité de la clause

La clause n'est valable que si les rapports contractuels permettent à l'agent d'avoir connaissance de la clientèle ou de secrets de fabrication ou d'affaires du mandant et si l'utilisation de ces renseignements est de nature à causer à ce dernier un préjudice sensible (art. 340 al. 2 CO)[14]. De plus, elle doit être limitée convenablement quant au lieu, au temps et au genre d'affaires, de façon à ne pas compromettre l'avenir économique de l'agent contrairement à l'équité et ne peut excéder trois ans qu'en cas de circonstances particulières (art. 340 a al. 1 CO).

B. — Fin de la prohibition

La clause devient caduque dans les quatre cas suivants:

1. — Lorsqu'une peine conventionnelle a été prévue et que l'agent s'en acquitte; il reste cependant tenu de réparer le dommage qui excéderait la peine convenue (art. 340 b al. 2 CO).

2. — Si l'agent établit que le mandant n'a plus d'intérêt à ce qu'elle soit maintenue (art. 340 c al. 1 CO).

3. — Si le mandant résilie le contrat sans que l'agent lui ait donné un motif justifié ou si l'agent résilie le contrat pour un motif justifié imputable au mandant (art. 340 c al. 2 CO).

[13] Message du Conseil fédéral du 27 novembre 1947, Feuille fédérale 1947 III, p. 696. Bideau, Fiche juridique suisse N° 585.

[14] RO 41 II 115 – JT 1916 I 66, RO 61 II 93 – JT 1935 I 497.

Il convient d'examiner à ce propos si les « justes motifs » de l'art. 337 CO, soit notamment toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail, sont semblables aux « motifs justifiés » de l'art. 340 c al. 2 CO. La jurisprudence a précisé qu'il fallait concevoir plus largement les seconds que les premiers. Ainsi, il suffit pour qu'il y ait un « motif justifié » au sens de l'art. 340 c al. 2 CO que d'une façon tout à fait générale il existe un fait suffisamment important pour résilier le contrat en se plaçant au point de vue de l'intérêt commercial raisonnablement compris [15].

4. — Si, à la dissolution du contrat, le mandant ne respecte pas dans un délai convenable l'obligation qu'il a de verser à l'agent une indemnité spéciale et équitable (art. 418 d al. 2 CO).

C. — Le droit à l'indemnité

Aux termes de l'art. 418 d al. 2 *in fine* CO, le droit à une indemnité est une disposition impérative [16] qui s'applique également aux agents occasionnels (art. 418 a al. 2 CO).

Contrairement au message du Conseil fédéral [17], qui affirme que le versement de l'indemnité doit intervenir avant la dissolution du contrat, pour que la clause de prohibition déploie ses effets, la doctrine [18] admet que le droit à l'indemnité résulte de l'existence même de la prohibition de concurrence. L'indemnité doit alors être réclamée dans un délai convenable auquel les règles ordinaires relatives au recouvrement des créances sont applicables.

Il s'ensuit que si la prohibition de concurrence cesse conformément à l'art. 340 c CO, le droit à l'indemnité devient également caduc [19]. Il en est de même lorsque le mandant renonce à la clause de concurrence

[15] Pidoux, p. 99 ss., RO 56 II 274 – JT 1931 I 34, RO 57 II 328 – JT 1931 I 620, RO 70 II 162 – JT 1944 I 561, voir première partie, chapitre VI, paragraphe 2.

[16] RO 95 II 143 – JT 1970 I 339: « L'agent ne perd pas le droit à une indemnité en cas de prohibition de faire concurrence lorsqu'il résilie le contrat sans que le mandant lui ait donné un juste motif de le faire. »

[17] Le projet de loi prévoyait alors que la prohibition de concurrence cessait en tout cas à la dissolution du contrat, si le mandant n'avait pas versé à l'agent une indemnité équitable. La version actuelle de l'art. 418 d al. 2 CO résulte des travaux du Conseil des Etats. (Bulletin sténographique du Conseil des Etats 1948, p. 57 ss.)

[18] Wehrli, p. 99. Hangartner, p. 22. Meister, p. 26.

[19] Hug, p. 352. Hangartner, p. 22.

avant la dissolution du contrat. Par contre, après la dissolution du contrat, le fait que le mandant n'a pas d'intérêt à la prohibition de faire concurrence et qu'il y renonce unilatéralement ne rend pas caduque l'obligation de payer une indemnité, à moins que cela n'ait été expressément convenu [20].

La loi prescrit que l'indemnité doit être spéciale et équitable [21]. Elle est donc indépendante des provisions encaissées par l'agent. En revanche, la durée de la clause de prohibition de concurrence, son étendue et le dommage économique en résultant pour l'agent seront des facteurs d'appréciation. Comme elle n'est valable que si l'activité de l'agent est de nature à causer au mandant un préjudice sensible, l'indemnité sera généralement importante [22].

Sans les restrictions que la loi apporte à la validité de la prohibition de concurrence, cette clause serait dangereuse pour l'avenir économique de l'agent, dès lors qu'elle le prive de tous ses clients, alors qu'il en a gagné au moins une partie par son activité personnelle et qu'il lui est interdit de reconstituer une nouvelle clientèle [23].

Section 4: Le ducroire

L'art. 418 c al. 3 CO prévoit que l'agent peut prendre par convention écrite l'engagement de répondre du paiement ou de l'exécution des autres obligations incombant à ses clients ou celui de supporter tout ou partie des frais de recouvrement des créances, moyennant une rémunération spéciale et équitable [24] qui ne peut pas lui être supprimée par convention.

Le devoir que peut assumer l'agent de garantir l'exécution du contrat par le client, comme le ferait une caution, est usuel dans certains secteurs économiques. Il oblige l'agent à s'entourer de toutes précautions quant à la solvabilité des clients. Cette responsabilité fait partie des risques que comporte l'activité d'entrepreneur indépendant de l'agent.

[20] RO 78 II 239 – JT 1953 I 249 litt b, RO 95 II 143 – JT 1970 I 339.

[21] Toutefois, s'il apparaît à la fin du contrat que l'indemnité convenue au moment de la conclusion du contrat n'est plus équitable, la clause de prohibition n'est pas caduque.

[22] Sontag, p. 23.

[23] Voir aussi deuxième partie, chapitre II, paragraphe 8.

[24] Voir première partie, chapitre V, paragraphe 3, section 5.

Alors qu'en matière de contrat de commission (art. 430 CO) le ducroire est admis sans forme spéciale, l'art. 418 c al. 3 CO exige la forme écrite et prescrit impérativement une rémunération [25]. La loi n'interdit pas le ducroire pour les affaires que l'agent a seulement négociées, comme le prévoit l'art. 348 a CO pour le voyageur de commerce.

Notons que ces différences de traitement posent un problème assez délicat à résoudre, dès lors que, dans la pratique, la limite [26] entre les contrats de commission, d'agence et de travail est très difficile à tracer. Au surplus, disons d'emblée que dans le domaine de l'assurance les clauses de ducroire ont un caractère exceptionnel [27].

Section 5: Autres obligations

A. — L'obligation de suivre les instructions du mandant

A première vue, l'obligation de suivre les instructions du mandant [28] paraît inconciliable avec l'indépendance de l'agent, qui constitue un des éléments fondamentaux de ce genre de contrat. Cependant, on ne saurait exiger du mandant, qui confie une partie de la gestion de ses affaires à l'agent, qu'il renonce à tout pouvoir d'instruction [29]. Il faut donc que les instructions reçues par l'agent ne l'empêchent pas d'organiser son activité à son gré et lui permettent de disposer librement de son temps, comme l'a précisé la jurisprudence [30]. C'est d'ailleurs le propre de l'agent d'être réputé capable de prendre seul les décisions sur la base de ses connaissances professionnelles et de son expérience. Comme au mandataire (art. 397 CO), il faut lui reconnaître le droit de s'écarter des instructions reçues lorsque les circonstances l'exigent et dans les limites que commande la sauvegarde des intérêts du mandant [31].

B. — L'obligation de rendre compte et de tolérer des contrôles

Comme le mandataire (art. 400 al. 1 CO) et le commissionnaire (art. 426 al. 1 CO), l'agent est tenu d'adresser à son mandant des rapports

[25] Voir, pour le voyageur de commerce, art. 348 a CO.

[26] Voir première partie, chapitre III.

[27] Voir première partie, chapitre VII, paragraphe 3.

[28] Wehrli, p. 57. Langmack, p. 38. Schaerer, p. 60. Sigg, p. 49.

[29] Par exemple obligation de se conformer aux prix de vente, de travailler dans un rayon déterminé.

[30] Voir première partie, chapitre II, paragraphe 5, section 1.

[31] Padel, p. 50.

concernant sa gestion et de tolérer des contrôles de sa part. Toutefois, leur fréquence devra être limitée, sinon ce serait l'indice d'un état de subordination, incompatible avec la nature du contrat d'agence. Le devoir de l'agent se résumera ainsi à informer son mandant, de sa propre initiative, notamment du nombre d'affaires conclues, de la solvabilité des clients, des initiatives de la concurrence, etc. [32].

Par contre, lorsque l'agent a le droit d'accepter des paiements (art. 418 e al. 2 CO), d'en effectuer ou de détenir à cet effet des fonds du mandant, ce dernier pourra exiger de lui qu'il tienne une comptabilité précise et lui fournisse des décomptes réguliers [33].

C. — Frais et débours

Contrairement au commissionnaire (art. 431 CO), au mandataire (art. 402 CO) et au voyageur de commerce (art. 347 a al. 1 lett. c et 349 d CO), l'agent a l'obligation de supporter lui-même les dépenses et frais généraux résultant de son activité (art. 418 n CO), notamment le loyer pour ses bureaux et entrepôts, les dépenses pour le matériel de bureau, les traitements de ses employés, les frais de déplacement et de publicité [34]. Cependant, vu l'évolution du contrat d'agence [35], il est d'usage que l'agent obtienne le remboursement d'une partie de ces frais [36]. Ainsi, dans le domaine des assurances, il est usuel que, pour des motifs de prestige commercial, les compagnies mettent gratuitement à la disposition de leurs agents les locaux qui leur sont nécessaires.

Par contre, l'agent a droit au remboursement intégral des frais qu'il a assumés en vertu d'instructions spéciales du mandant, c'est-à-dire en vue d'affaires déterminées ou qu'il a faites, de sa propre initiative, en qualité de gérant de ce dernier, notamment les frais de transport et de douane [37]. Ces frais sont dus par le mandant, même si l'affaire n'aboutit pas.

[32] Blatter, p. 57. Padel, p. 51. Langmack, p. 40. Schaerer, p. 56. Wehrli, p. 57.
[33] Wehrli, p. 58.
[34] Message du Conseil fédéral du 27 novembre 1947, Feuille fédérale 1947 III, p. 702. Blatter, p. 87. Padel, p. 90. Langmack, p. 68. Meister, p. 47. Wehrli, p. 82.
[35] Voir première partie, chapitre VII, paragraphe 5, section 2.
[36] Wehrli, p. 83.
[37] Message du Conseil fédéral du 27 novembre 1947, Feuille fédérale 1947 III, p. 702. Blatter, p. 88. Padel, p. 91. Langmack, p. 68. Meister, p. 48. Schaerer, p. 82.

D. — Devoir de restitution et droit de rétention

Comme le voyageur de commerce (art. 350 a al. 2 CO), l'agent doit restituer à la fin du contrat tous les objets qui lui ont été confiés par le mandant ou qu'il a reçus de tiers pour le compte de ce dernier (art. 418 v CO) [38]. Ce sera, en particulier, les collections d'échantillons, les tarifs de prix, les listes de clients et le produit des encaissements. Ce devoir de restitution est limité par le droit de rétention dont dispose l'agent aux termes de l'art. 418 o CO.

En effet, comme le voyageur de commerce (art. 349 e CO), l'agent a le droit, en garantie des créances exigibles qui découlent du contrat, de retenir les choses mobilières et les papiers-valeurs qui du consentement de son mandant se trouvent en sa possession, ainsi que les sommes qui lui ont été versées par les clients, jusqu'au paiement de ses créances exigibles et de ses créances non encore exigibles lorsque le mandant est insolvable [39].

Le droit de rétention prévu par l'art. 418 v CO a un caractère impératif et est en fait une mesure de protection. Il va plus loin que les art. 895 ss CC, en ce sens qu'il s'étend aux sommes encaissées chez les clients, lorsque l'agent est au bénéfice d'un pouvoir d'encaissement. Par contre, si ce pouvoir lui fait défaut et qu'il reçoit, malgré tout, des paiements, les sommes encaissées restent propriété du mandant et doivent lui être remises immédiatement.

Le droit de rétention ne peut s'exercer que sur des objets qui, de par leur nature, sont réalisables. En revanche, les prospectus, tarifs, listes de clients, papiers d'affaires, polices d'assurances [40], qui n'ont aucune valeur vénale, ne peuvent pas être retenus.

Le droit de rétention s'éteint lorsque le mandant règle les créances de l'agent ou s'il fournit les sûretés nécessaires.

[38] Bideau, p. 147. Wehrli, p. 59. Blatter, p. 57. Padel, p. 62. Langmack, p. 41. Schaerer, p. 56. Hangartner, pp. 47-48.

[39] Message du Conseil fédéral du 27 novembre 1947, Feuille fédérale 1947 III, p. 702. Wehrli, p. 86. Bideau, p. 134. Meister, p. 49. Schaerer, p. 81. Blatter, p. 97. Padel, p. 89. Langmack, p. 69. Hangartner, p. 48.

[40] Berger, p. 72.

§ 2: Les obligations du mandant

Section 1: L'obligation de soutenir l'agent dans son activité

Aux termes de l'art. 418 f al. 1 CO, le mandant doit faire tout ce qu'il peut pour permettre à l'agent d'exercer son activité avec succès. Ce devoir de diligence n'implique cependant pas que le mandant soit tenu d'accepter toutes les affaires que l'agent a négociées. Il est libre, pour autant qu'il n'agisse pas contrairement à la bonne foi, d'accepter ou de refuser de conclure des affaires négociées [41].

La loi précise que le mandant doit mettre à la disposition de l'agent tous « les documents nécessaires ». Ce sont, principalement, les échantillons, catalogues, conditions de vente, prix courants, doubles de factures, lettres des clients et très souvent le matériel de réclame qui, en principe, est à la charge de l'agent [42].

L'al. 2 de l'art. 418 f CO prescrit au mandant de faire savoir sans délai à l'agent s'il prévoit que les affaires ne pourront ou ne devront pas être conclues dans la mesure qui avait été convenue ou que les circonstances permettaient d'attendre, afin de lui éviter du travail et des frais inutiles [43]. L'agent doit ainsi être informé de la politique générale de l'entreprise (abandon d'un produit, promotion d'un article, retard dans les livraisons, etc.). Ce devoir d'information est particulièrement étendu dans le domaine des assurances où l'agent doit être soigneusement tenu au courant des conditions générales et des tarifs qui, dans certaines branches, varient fréquemment.

La sanction de ces obligations est le droit de l'agent à une indemnité équitable (art. 418 m al. 1 CO).

Enfin, l'al. 3 de l'art. 418 f CO interdit, sauf convention écrite contraire, au mandant de faire concurrence à l'agent à qui il a attribué une clientèle ou un rayon déterminé. L'agent acquiert ainsi un droit de représentation exclusive semblable à celui du voyageur de commerce (art. 349 CO). Cependant, comme ce dernier, il doit tolérer que son

[41] Wehrli, p. 63. Meister, p. 29. Schaerer, p. 76. Zürcher, p. 39.

[42] Zürcher, p. 63. Message du Conseil fédéral du 27 novembre 1947, Feuille fédérale 1947 III, p. 697. Bideau, fiche juridique suisse N° 585. Schaerer, p. 77. Wehrli, p. 64.

[43] Wehrli, p. 64. Meister, p. 30. Schaerer, p. 78.

mandant, à l'exclusion de tout autre intermédiaire, conclue personnellement des affaires [44]. Il n'en subit d'ailleurs aucun dommage, dès lors qu'il a droit à une provision pour toutes les affaires conclues avec des personnes du rayon ou de la clientèle qui lui a été attribuée (art. 418 g al. 2 CO) [45].

Section 2: L'obligation de présenter un relevé de compte, les livres et pièces justificatives

Aux termes de l'art. 418 k al. 1 CO, l'obligation d'établir un relevé de compte incombe au mandant [46]. Cela s'explique par le fait que l'agent, le plus souvent, ne dispose pas des pièces nécessaires pour le faire. C'est le cas notamment des provisions que l'agent touche pour des affaires conclues dans un rayon ou auprès d'une clientèle déterminée (art. 418 g al. 2 CO) et pour les commandes supplémentaires d'un client qu'il a procuré (art. 418 g al. 1 *in fine* CO).

Cependant, l'agent peut être tenu, par convention écrite, de présenter un relevé des provisions auxquelles il prétend.

La loi précise encore que le relevé de compte doit intervenir à chaque échéance [47] et mentionner les affaires donnant droit à une provision [48] et leur montant.

Si l'agent a des doutes sur l'exactitude du relevé de compte présenté par le mandant, il peut exiger de consulter les livres et les pièces justificatives (art. 418 k al. 2 CO). Ce droit, auquel l'agent ne peut renoncer d'avance, est toutefois limité aux seules pièces qui concernent le relevé de ses provisions et ne peut être exercé que s'il a de bonne foi des raisons de douter de l'exactitude du relevé présenté. S'il existe un danger que l'agent prenne ainsi connaissance de secrets d'affaires lésant les intérêts du mandant, le juge ou un tiers désigné par lui peut être chargé de procéder à cette vérification [49].

[44] Zürcher, p. 34. Wehrli, p. 66, a une opinion contraire.
[45] Pour le voyageur de commerce, art. 349 b al. 1 CO.
[46] RO 95 II 143 – JT 1970 I 339 ss. (cons 2).
[47] Voir première partie, chapitre V, § 3, section 1, lettre E.
[48] Wehrli, p. 84. Zürcher, pp. 52-53.
[49] Wehrli, pp. 85-86. Zürcher, pp. 53-54. Schaerer, p. 84.

Section 3: L'indemnité en cas d'empêchement de travailler [50]

A. — En cas de faute du mandant

L'art. 418 m al. 1 CO accorde à l'agent, toute convention contraire étant nulle, le droit à une indemnité équitable lorsque le mandant, en violant ses obligations légales ou contractuelles, l'a empêché par sa faute de gagner la provision convenue ou celle à laquelle il pouvait raisonnablement s'attendre.

Si l'empêchement de travailler ne résulte pas d'une faute du mandant, mais de facteurs extérieurs à sa personne [51] ou d'une faute de l'agent, ce dernier n'aura droit à aucune indemnité [52].

L'art. 418 m al. 1 CO est donc plus restrictif que l'art. 324 al. 1 CO qui oblige l'employeur, qui empêche par sa faute l'exécution du travail ou se trouve en demeure de l'accepter pour d'autres motifs, à verser son salaire au voyageur de commerce.

La loi précise que l'indemnité doit être équitable. Le juge pourra appliquer par analogie l'art. 324 al. 2 CO et tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce, notamment des frais que l'agent a économisés du fait de l'empêchement de travailler ou de ce qu'il a gagné en exécutant un autre travail.

L'art. 418 m al. 1 CO est la contrepartie des obligations imposées au mandant par l'art. 418 f al. 1 CO.

B. — Sans faute de l'agent

Aux termes de l'art. 418 m al. 2 CO, l'agent qui ne peut travailler que pour un seul mandant et qui en est empêché, sans sa faute, pour cause de maladie, de service militaire obligatoire en vertu de la législation fédérale ou pour telle cause analogue, a droit pour un temps relativement court, si le contrat dure depuis un an au moins, à une rémunération équitable en rapport avec la perte de gain qu'il a subie.

[50] Voir, en ce qui concerne le travailleur, la thèse de P. A. Berthoud: *Le Droit du Travailleur au Salaire en cas d'Empêchement de travailler*, étude des articles 324 a et b CO, Lausanne, 1976.

[51] Par exemple lorsque la vente d'un produit est interdite.

[52] Zürcher, p. 62. Wehrli, p. 81. Schaerer, p. 83.

Cette disposition paraît contraire à la nature du contrat d'agence. Elle se justifie cependant dès lors qu'elle est limitée à l'agent qui ne représente qu'une seule entreprise, dont la situation s'apparente à celle de l'employé ou du voyageur de commerce. Elle s'inspire, d'ailleurs, des articles 324 a CO et 349 c CO, qui sont applicables par analogie [53]. Ainsi, on entend par « causes analogues » celles qui concernent la personne de l'agent, comme l'accomplissement d'un devoir civique, la comparution comme témoin, le service de sapeur-pompier, etc. [54].

Alors que l'art. 324 a CO prescrit que les rapports de travail doivent avoir duré plus de trois mois ou avoir été conclus pour plus de trois mois, l'art. 418 m al. 2 CO exige que le contrat d'agence ait duré au moins un an. En outre, la rémunération [55] doit être équitable et en rapport direct avec la perte de gain subie. Le juge appréciera selon les mêmes critères qu'à l'art. 418 m al. 1 CO.

Enfin, la rémunération est due pour un temps relativement court. Elle doit donc être en rapport avec la durée du contrat. Rien ne s'oppose à notre avis à l'application par analogie de l'art. 324 a al. 2 CO, avec cette restriction toutefois que le droit de l'agent à une rémunération équitable ne prend effet qu'une fois accomplie la première année de contrat.

Comme c'est le cas de l'indemnité prévue par l'art. 418 m al. 1 CO, l'agent ne peut renoncer d'avance à cette rémunération.

Section 4: Devoir de restitution et droit de rétention

Selon l'art. 418 v CO, le mandant a l'obligation de restituer à la fin des rapports contractuels tout ce qui lui a été remis pour la durée du contrat soit par l'agent, soit par des tiers pour le compte de ce dernier. Cette disposition concerne plus particulièrement l'agent, ainsi que nous l'avons vu [56].

Quant au droit de rétention du mandant, il est réglé par les articles 895 à 898 du Code civil.

[53] Zürcher, p. 67. Schaerer, p. 84. P. Bideau, p. 103. Wehrli, p. 82.

[54] L'opinion de G. Meister (p. 46), qui admet également des causes extérieures à l'agent, comme une catastrophe naturelle, une grève, nous paraît erronée.

[55] Voir, pour le voyageur de commerce, art. 349 c al. 2 et 3 CO.

[56] Première partie, chapitre V, paragraphe 1, section 5, lettre D.

§ 3: Le droit de l'agent à la provision

Le contrat d'agence est en principe un contrat onéreux [57]. La rémunération usuelle est la provision qui constitue la contrepartie de l'activité de l'agent et, dans une certaine mesure, des frais en résultant. Elle n'est cependant pas un élément essentiel du contrat; l'art. 418 a CO n'en fait d'ailleurs pas mention. Elle se distingue du salaire en ce sens qu'elle ne dépend pas seulement du travail de l'agent, mais aussi du résultat obtenu.

Rien n'empêche donc les parties de convenir d'autres formes de rémunérations, telles que combinaison d'un salaire fixe et d'une provision, tantièmes calculés sur la base du bénéfice net, provision sur le chiffre d'affaires.

Section 1: La provision pour les affaires négociées ou conclues

Aux termes de l'art. 418 g al. 1 CO, l'agent a droit à la provision convenue ou usuelle pour toutes les affaires qu'il a négociées ou conclues pendant la durée du contrat. Au contraire du voyageur de commerce, la loi ne précise pas que la provision de l'agent doit constituer une rémunération convenable de ses services (art. 349 a al. 2 CO).

A. — Montant et calcul de la provision

La loi ne fixe pas le montant de la provision, ce qui serait d'ailleurs impossible, car elle varie d'un endroit à l'autre, d'un secteur économique à l'autre et dépend des qualités de l'agent, de la nature des affaires qu'il négocie ou conclut, ainsi que de la structure générale de sa rémunération.

Dans la pratique, on constate que cette rémunération évolue durant la carrière de l'agent. Au début de son activité, il reçoit ordinairement un salaire fixe qui constitue l'essentiel de sa rétribution, alors que les provisions n'en représentent qu'une faible part. Au cours des années et dans la mesure où son activité est couronnée de succès, les provisions tendent à devenir l'élément prépondérant de son revenu.

En général, le montant de la provision est convenu entre les parties; à défaut de convention, il est déterminé par l'usage; en l'absence d'usage

[57] La loi ne s'oppose pas à ce qu'il soit conclu à titre gratuit.

établi, le juge apprécie librement. Le montant déterminant pour la calculer est celui qui a été fixé au moment de la conclusion de l'affaire, sauf en cas de hausse du prix fixé.

La provision consiste le plus souvent en un pourcentage calculé sur la valeur de chaque affaire, c'est-à-dire, en général et à défaut de convention, sur le montant net facturé au client, non compris les frais éventuels de transport, de douane, d'assurances, de taxes ou les rabais que le mandant consent [58]. En matière d'assurances [59], la provision est exprimée en pourcentage de la prime à une exception près: dans l'assurance-vie, on se fonde ordinairement sur la somme assurée. Cette exception s'explique aisément par le fait que, dans cette branche, plus le risque assuré est mauvais (maladie-vieillesse), plus la prime est élevée. Ainsi, si l'on adoptait la prime comme base du calcul de la provision, l'agent serait tenté de ne recruter sa clientèle que parmi les gens malades et âgés.

B. — Les conditions du droit à la provision

Le droit à la provision est subordonné aux conditions suivantes:

1. L'agent doit déployer son activité conformément au contrat d'agence [60] (art. 418 c al. 1 CO). Si son activité est restreinte à une clientèle déterminée, les affaires négociées ou conclues en dehors de ce cercle ne donnent en principe pas droit à une provision. Il en est de même si l'agent ne respecte pas les conditions de vente ou de prix fixées.

2. L'affaire doit être valablement conclue avec le client. C'est le cas lorsque le mandant ou l'agent stipulateur accepte expressément ou tacitement l'affaire, ou encore si celle-ci a été conclue sous condition résolutoire. Ce n'est pas le cas, en revanche, si le contrat est matériellement ou formellement nul, s'il peut être attaqué, s'il a été conclu sous condition suspensive, sous réserve de l'art. 156 CO [61]. Relevons qu'en matière d'assurances [62], l'acceptation de la proposition par l'assureur, qui a lieu ordinairement, dans la pratique, par l'envoi de la police à l'assuré, doit intervenir dans les délais prévus par l'art. 1 LCA, sans quoi le proposant est délié de son offre.

[58] Zürcher, p. 43. Bideau, p. 91.
[59] Wehrli, p. 68.
[60] Wehrli, pp. 69-70. Zürcher, p. 24.
[61] Wehrli, p. 70. Zürcher, pp. 40-41. Schaerer, p. 71. Meister, p. 32.
[62] Wehrli, p. 71.

En outre, l'agent n'aura naturellement pas droit à une provision si le contrat d'assurance est nul, notamment pour l'une des causes mentionnées à l'art. 9 LCA [63].

3. Il doit exister un lien de causalité entre l'activité de l'agent et la conclusion ou la négociation de l'affaire. La jurisprudence considère que l'activité de l'agent est causale dès qu'elle a fait naître chez le client une seule des raisons qui l'ont engagé à conclure. Ainsi, il n'est pas nécessaire que l'activité de l'agent négociateur se poursuive jusqu'à la fin des négociations. Une seule visite peut être causale. Même l'intervention ultérieure du mandant ou d'un autre intermédiaire n'interrompt pas le lien de causalité, si la première motivation du client résulte de l'agent [64].

L'agent doit prouver le lien de causalité, dont l'existence est d'ailleurs présumée lorsqu'une activité a été déployée et que la conclusion d'une affaire est intervenue. En outre, l'agent dispose souvent de correspondances établissant cette preuve [65].

Remarquons que la loi n'exige pas de lien de causalité en matière de provisions pour les commandes supplémentaires et pour les affaires conclues en vertu d'un droit d'exclusivité [66].

4. La conclusion ou la négociation de l'affaire doit intervenir pendant la durée du contrat d'agence. Peu importe que l'exécution d'une affaire conclue ou la conclusion d'une affaire négociée n'intervienne qu'après la fin du contrat. L'art. 350 al. 1 CO le précise d'ailleurs expressément pour le voyageur de commerce.

C. — Naissance du droit à la provision

L'art. 418 g al. 3 CO prévoit que, sauf convention écrite contraire, le droit à la provision naît dès que l'affaire a été valablement conclue avec le client. Il en est de même pour le voyageur de commerce aux termes de l'art. 322 b al. 1 CO, avec cette nuance toutefois que le principe posé par l'art. 322 b al. 1 CO est d'ordre impératif, alors que la règle parallèle prévue par l'art. 418 g al. 3 CO est de droit dispositif.

[63] Art. 9 LCA: « Le contrat d'assurance est nul si, au moment où il a été conclu, le risque avait déjà disparu ou si le sinistre était déjà survenu. »

[64] Zürcher, pp. 27-28, voir à ce sujet la jurisprudence relative au contrat de courtage: notamment RO 57 II 194 – JT 1931 I 585, RO 69 II 106 – JT 1943 I 545, RO 72 II 89 – JT 1946 I 558, RO 76 II 382 – JT 1951 I 491, Wehrli, p. 72.

[65] Bideau, p. 97.

[66] Voir première partie, chapitre V, paragraphe 3, sections 2 et 3.

Cependant, il est loisible aux parties de convenir d'un autre terme [67]. Ce sera généralement le cas pour des contrats dont l'exécution se fait par prestations successives et dans le domaine des assurances où le droit à la provision naît généralement au moment de l'encaissement de la première prime [68]. L'art. 322 b al. 2 CO dispose que dans ces cas un accord écrit peut prévoir que le droit à la provision s'acquiert lors de l'exigibilité de chaque acompte ou à chaque prestation.

En ce qui concerne l'agent négociateur, le droit à la provision ne naît qu'au moment de l'acceptation de l'affaire par le mandant, même si les négociations sont depuis fort longtemps terminées. A ce propos, de nombreux auteurs se demandent si le mandant est totalement libre d'accepter ou de refuser une affaire négociée [69]. La majorité de la doctrine répond par l'affirmative, pour autant que le mandant ne contrevienne pas au principe de la bonne foi, auquel cas il pourrait être recherché en dommages et intérêts sur la base des art. 418 m al. 1 CO et 418 f al. 1 CO.

D. — Extinction du droit à la provision

L'art. 418 h CO règle les cas exceptionnels où la provision acquise par l'agent doit être remboursée au mandant, parce que ce dernier n'exécute pas l'affaire (al. 1) ou parce que le client ne remplit pas ses obligations (al. 2).

Selon l'al. 1, « l'agent perd son droit à la provision dans la mesure où l'exécution d'une affaire conclue est empêchée par une cause non imputable au mandant ». Lorsque l'affaire n'est exécutée que partiellement, la provision est réduite proportionnellement. Le droit à la provision est ainsi subordonné à la condition résolutoire que l'affaire soit menée à chef.

La doctrine, dans sa majorité [70], admet que la provision est due dès qu'il existe un rapport de causalité entre le comportement du mandant et la non-exécution de l'affaire, sans qu'une faute de ce dernier ne soit obligatoirement nécessaire (par exemple en cas de livraison tardive ou non conforme). Cette solution nous paraît plus équitable que celle qu'adopte l'art. 322 b al. 3 CO, applicable au voyageur de commerce,

[67] Le droit allemand prévoit que la provision naît au moment de l'exécution de l'affaire par le mandant (§ 87 a I HGB). L'art. 432 CO prévoit que la commission est due au commissionnaire si l'opération dont il était chargé a reçu son exécution.

[68] Wehrli, p. 75.

[69] Bideau, p. 92. Zürcher, p. 39.

[70] Zürcher, p. 44. Wehrli, p. 75. Langmack, p. 58, RO 29 II 112, RO 40 II 392, voir aussi art. 432 CO.

aux termes duquel « le droit à la provision s'éteint lorsque l'employeur n'exécute pas l'affaire sans faute de sa part ». Par contre, la provision n'est pas due lorsque le rapport de causalité fait défaut, lorsque l'agent est lui-même responsable de la non-exécution ou en cas de force majeure. La preuve en incombe alors au mandant.

L'application de l'art. 418 h al. 1 CO présente en matière d'assurances quelques particularités. En effet, un contrat d'assurances peut être résilié avant terme pour divers motifs. L'assuré n'a alors plus l'obligation de verser la prime pour les périodes d'assurances futures. Il convient d'examiner dans quelle mesure le mandant peut exiger de l'agent le remboursement de la provision.

Selon Wehrli[71] et la doctrine dominante, l'agent serait tenu de restituer, en tout ou partie, à l'assureur la provision qu'il a reçue dans les cas énumérés aux art. 23, 25, 42 et 54 LCA, dès lors que la résiliation du contrat d'assurances n'est pas imputable à l'assureur, et dans le cas de l'art. 21 al. 1 LCA, aux termes duquel l'assureur est censé s'être départi du contrat s'il n'a pas poursuivi le paiement de la prime en souffrance dans le délai légal. Ce qui est logique, car c'est finalement le devoir de l'agent que de contrôler la solvabilité des clients qu'il acquiert.

En revanche, l'assureur ne saurait exiger de l'agent la restitution de la provision qu'il lui a versée lorsque l'assuré résilie le contrat pour un motif imputable à l'assureur.

Dans la pratique, ces questions ont été réglées conventionnellement. Les contrats d'agence que nous avons pu consulter prévoient dans leur grande majorité les solutions suivantes:

— en cas d'annulation prématurée du contrat ou de réduction de primes, notamment par suite de la diminution du risque assuré (art. 23 LCA), l'agent doit restituer la commission reçue proportionnellement au montant des primes non encaissées;

— lorsque le montant des primes est particulièrement élevé, le paiement de la commission à l'agent est échelonné sur plusieurs années.

En revanche, la restitution de la commission n'est pas exigée en cas de décès de l'assuré, de résiliation par l'assureur à la suite d'un sinistre ou par le preneur en cas de hausse des primes.

[71] Wehrli, pp. 76-77.

Aux termes de l'art. 418 g al. 2 CO, le droit à la provision s'éteint si la contre-prestation correspondant à la prestation déjà effectuée par le mandant n'est pas exécutée ou l'est si peu que le paiement d'une provision ne saurait être exigé du mandant. C'est le cas notamment lorsque ce dernier subit une perte [72].

Cette disposition a pour but d'engager l'agent à ne rechercher que des clients solvables.

Peu importe que la non-exécution du client soit due à une faute de ce dernier. En outre, il n'est pas nécessaire que le mandant lui intente une action en exécution du contrat, sauf si, de bonne foi, il peut s'attendre à ce qu'une telle action aboutisse [73].

Si le client s'acquitte de dommages et intérêts ou par compensation, la provision est due à l'agent. Remarquons qu'en cas d'inexécution partielle, l'art. 418 h al. 2 CO prévoit que le droit de l'agent à la provision s'éteint, alors que celui du voyageur de commerce est réduit proportionnellement (art. 322 b al. 3 CO).

En matière d'assurances, l'art. 418 h al. 2 CO est rarement applicable. En effet, le contrat d'agence prévoit généralement que la provision n'est due qu'au moment où la première prime a été entièrement payée.

E. — Exigibilité du droit à la provision

a) *Pendant la durée du contrat d'agence*

L'exigibilité de la provision dépend essentiellement de la conclusion de l'affaire et non de son exécution. En effet, aux termes de l'art. 418 i CO, « la provision est exigible sauf convention ou usage contraire, pour la fin du semestre de l'année civile dans lequel l'affaire a été conclue [74]; en matière d'assurances, elle n'est toutefois exigible [75] que dans la mesure où la première prime annuelle a été payée [76] ».

La provision n'est ainsi pas payée séparément pour chaque affaire. Ce paiement périodique est conforme à la nature du contrat d'agence qui est un rapport de droit durable.

[72] Dürr, pp. 49-50.

[73] Zürcher, pp. 47-48.

[74] A la fin de chaque mois pour le voyageur de commerce (art. 323 al. 2 CO).

[75] Sous réserve d'une convention contraire toujours possible.

[76] Ainsi, en matière d'assurances, la naissance du droit à la provision et son exigibilité sont simultanées.

Les parties peuvent librement prévoir un autre terme d'exigibilité. Le mandant a souvent intérêt à repousser l'exigibilité de la provision jusqu'au moment de l'exécution de l'affaire. Il évite ainsi d'avoir à réclamer à l'agent la provision versée pour une affaire qui n'a pas pu être exécutée. Ce genre de convention n'est pas sans conséquence pour l'agent, qui devra parfois attendre longtemps sa provision. On peut se demander s'il n'aurait pas mieux valu exiger la forme écrite pour une telle dérogation à la règle ordinaire, comme le prévoit l'art. 323 al. 2 CO.

En cas d'affaires donnant lieu à des prestations successives, l'exigibilité de la provision est souvent fixée au moment du paiement du premier acompte.

Si à l'échéance de la provision la valeur d'une affaire ne peut pas être déterminée exactement, on appliquera par analogie l'art. 349 al. 3 CO, selon lequel la provision est d'abord payée sur la base d'une évaluation minimum faite par l'employeur, le solde étant versé au plus tard lors de l'exécution de l'affaire [77].

b) *A la fin du contrat d'agence*

Selon l'art. 418 t al. 2 CO, toutes les créances de l'agent à titre de provisions sont exigibles à la fin du contrat [78].

Cette disposition est impérative et ne s'applique qu'à la condition que le droit à la provision ait pris naissance avant la fin du contrat, l'affaire ayant été valablement conclue (art. 418 g al. 3 CO). Ce n'est pas le cas des commandes supplémentaires [79] transmises au mandant, mais non encore acceptées et généralement, en matière d'assurances, lorsque la première prime annuelle n'a pas été payée.

Font exception, selon l'art. 418 t al. 3 CO, les provisions dues en raison d'affaires exécutées entièrement ou partiellement après la fin du contrat, dont l'exigibilité peut être fixée par convention écrite à une date ultérieure. Cette disposition, comme l'art. 339 al. 2 CO pour le voyageur de commerce, vise spécialement les affaires donnant lieu à des prestations successives et les usages en matière d'assurances.

[77] Zürcher, p. 51. Schaerer, p. 74.

[78] Il en est de même pour le voyageur de commerce (art. 339 al. 1 CO).

[79] Zürcher, p. 52. Wehrli, p. 91; Meister (p. 61) et Hangartner (p. 14) sont d'un avis contraire.

Section 2: La provision pour les commandes supplémentaires

A. — En général

En plus de la provision pour affaires négociées ou conclues, l'agent a, sauf convention écrite contraire, aussi droit à une provision pour les affaires conclues sans son concours par le mandant pendant la durée du contrat, mais avec des clients qu'il a procurés pour des affaires de ce genre (art. 418 g al. 1 *in fine* CO). On qualifie généralement ces affaires de « commandes supplémentaires » ou « d'affaires directes ». Elles ne donnent droit à une provision que dans la mesure où elles sont le résultat du travail de l'agent, du lien qu'il a réussi à nouer avec la clientèle. Cette provision est en fait destinée à rétribuer l'agent pour l'ensemble de son activité et pour la clientèle qu'il a acquise durablement pour le compte de son mandant. Il n'y a pas ici, à proprement parler, de lien de causalité directe entre l'activité de l'agent et la conclusion d'une affaire déterminée [80].

L'art. 418 g al. 1 CO n'est guère applicable en matière d'assurances. Dans ce domaine, il n'y a pas à strictement parler de « commandes supplémentaires » au sens où on l'entend dans le commerce ordinaire, car l'assurance n'a pas une valeur de remplacement comparable à celle des biens de consommation courants. En outre, toute modification du contrat exige ordinairement une intervention de l'agent, c'est pourquoi les compagnies ont généralement exclu l'application de cette disposition par convention écrite [81]. Elles l'ont remplacée par une réglementation prévoyant qu'en cas de reconduction ou de remplacement d'une police par un contrat de même espèce, l'agent n'aura généralement droit qu'à une commission réduite, calculée sur la différence entre l'ancienne et la nouvelle prime.

B. — A la fin du contrat d'agence

Aux termes de l'art. 418 t al. 1 CO et sauf convention ou usage contraire, l'agent n'a droit à une provision pour les commandes supplémentaires d'un client qu'il a procuré pendant la durée du contrat que si elles sont passées avant la fin du contrat.

[80] Voir première partie, chapitre V, paragraphe 3, section 1, lettre B, chiffre 3, Wehrli, p. 72, Zürcher, p. 30.

[81] Berger, p. 69.

Ainsi, comme le voyageur de commerce (art. 350 a al. 1 CO), l'agent a droit à une provision non seulement sur les commandes supplémentaires acceptées par le mandant pendant la durée du contrat d'agence, mais aussi sur celles qui lui ont été transmises jusqu'à la fin du contrat et qui ne seront acceptées qu'après coup. Précisons, toutefois, que l'art. 418 g al. 3 CO reste applicable dans ce cas. Le droit à la provision naît donc, à la condition que la commande soit transmise au mandant avant la fin du contrat, mais seulement au moment où celle-ci est acceptée par le mandant [82].

Si la commande supplémentaire parvient au mandant après la fin du contrat, l'agent n'aura droit à aucune provision. Cette solution peut paraître inéquitable. Tel n'est cependant pas le cas, dès lors que l'agent peut prétendre à une indemnité de clientèle.

Section 3: La provision pour les affaires conclues en vertu d'un droit d'exclusivité

Aux termes de l'art. 418 g al. 2 CO, « l'agent auquel a été attribuée l'exclusivité dans un rayon ou auprès d'une clientèle déterminée a droit à la provision convenue ou, à défaut de convention, à la provision usuelle pour toutes les affaires conclues pendant la durée du contrat avec des personnes de ce rayon ou de cette clientèle ». L'art. 349 b al. 1 CO accorde un droit analogue au voyageur de commerce.

L'agent a donc droit à une provision sur toutes les affaires qu'il a lui-même conclues, sur celles que le mandant a directement conclues sans son concours, même avec des clients que l'agent n'a pas acquis lui-même et sur celles conclues par un autre auxiliaire du mandant. Ainsi, la loi n'exige pas que l'activité de l'agent ait été causale [83].

En revanche, l'affaire doit avoir été conclue avec des clients ayant le centre de leur activité économique dans le rayon dont l'agent a l'exclusivité et pendant la durée du contrat d'agence. Cette dernière condition ne concerne toutefois pas les affaires que l'agent a lui-même négociées et que le mandant accepte après la fin du contrat, auxquelles l'art. 418 g al. 1 CO reste applicable [84].

[82] Zürcher, p. 31. Wehrli, p. 91. Hangartner (p. 14) et Meister (p. 61) estiment au contraire que le droit à la provision naît au moment de la réception de la commande par le mandant.

[83] Voir première partie, chapitre V, paragraphe 3, section 1, lettre B, chiffre 3.

[84] Zürcher, p. 36.

La provision apparaît ici comme une rémunération de l'activité que l'agent déploie pour conserver et augmenter la clientèle qui lui a été attribuée et qu'il a lui-même constituée dans le rayon dont il a l'exclusivité [85].

En matière d'assurances, le droit de représentation exclusive n'est pas usuel; ordinairement, les contrats d'agence prennent soin de l'exclure expressément. Le Code de commerce allemand (§ 92 III HGB), en dérogation au § 87 I HGB, précise que l'agent d'assurances n'a pas droit à une provision dans ce cas.

Section 4: La provision d'encaissement

L'agent n'est pas présumé avoir un pouvoir d'encaissement (art. 418 e al. 2 CO). Toutefois, si le mandant lui confère expressément ce pouvoir, il a droit, sauf convention ou usage contraire, à une provision sur les sommes qu'il a encaissées et qu'il a remises au mandant (art. 418 l al. 1 CO). Tant que les sommes encaissées ne sont pas transférées au mandant, l'agent n'a aucun droit à la provision. Toutefois, les sommes donnant lieu à compensation sont comptées comme si elles avaient été remises au mandant [86]. Par contre, si l'agent exerce son droit de rétention sur les sommes encaissées (art. 418 o CO), il se prive momentanément du droit à la provision [87].

A la fin du contrat d'agence, l'agent perd tout pouvoir d'encaissement et son droit à des provisions d'encaissement ultérieures s'éteint (art. 418 l al. 2 CO).

Précisons que l'exigibilité de la provision d'encaissement est réglée par les articles 418 i et 418 t al. 2 CO.

En matière d'assurances, il n'est pas d'usage d'accorder une provision pour l'encaissement de la première prime. Par contre, pour l'encaissement des primes ultérieures, l'agent aura généralement droit à une provision [88].

[85] RO 76 II 50 – JT 1951 I 570.

[86] Message du Conseil fédéral du 27 novembre 1947, Feuille fédérale 1947 III, p. 701.

[87] Zürcher, p. 56.

[88] Berger, p. 71.

Section 5: La provision de ducroire [89]

Lorsque l'agent s'engage à répondre du paiement incombant à ses clients, il a droit à une provision spéciale qui doit être équitable, c'est-à-dire en rapport avec les risques qu'il a assumés jusqu'alors.

Le montant d'une telle provision est en général plus bas que celui de la provision d'acquisition. La loi ne contient aucune disposition sur sa naissance et son exigibilité. Ordinairement, on applique les mêmes règles qu'en matière de provision pour les affaires négociées ou conclues (art. 418 g al. 3 CO et art. 418 i CO).

Notons que, lorsque l'agent s'exécute à la place du client, l'art. 418 h al. 2 CO ne s'applique pas et qu'il obtient également le paiement de la provision usuelle [90].

En matière d'assurances, la clause du ducroire n'est pas usuelle [91]. Relevons qu'en particulier dans la branche vie, l'agent peut être tenté de conclure des contrats avec des clients insolvables et même de s'acquitter de la première prime dans le seul but d'obtenir une commission. L'assureur risque ainsi d'avoir en portefeuille de nombreuses polices qui devront être rapidement annulées. L'agent n'a, toutefois, guère d'intérêt à agir de cette manière, car, comme nous l'avons vu, les compagnies exigent généralement la restitution de la commission ainsi perçue [92].

[89] Voir première partie, chapitre V, paragraphe 1, section 4.
[90] Zürcher, pp. 60-62.
[91] Voir première partie, chapitre VII, paragraphe 3.
[92] Voir première partie, chapitre V, paragraphe 3, section 1 lettre D.

Chapitre VI

FIN ET RÉSILIATION DU CONTRAT D'AGENCE

§ 1: La fin du contrat d'agence par expiration du temps

Le législateur a repris les dispositions relatives au contrat de travail pour régler la fin du contrat d'agence à l'expiration du temps prévu. Toutefois, les nouvelles dispositions en matière de droit du travail révèlent certaines différences.

Si le contrat a été conclu pour un temps déterminé ou si sa durée résulte de son but, ce qui est rarement le cas, il prend fin à l'expiration du temps prévu sans qu'il soit nécessaire de donner congé (art. 418 p al. 1 CO). Il en est de même pour le voyageur de commerce (art. 335 al. 1 CO).

Si le contrat fait pour une durée déterminée est tacitement prolongé de part et d'autre, il est réputé renouvelé pour le même temps, mais pour une année au plus (art. 418 p al. 2 CO), alors qu'il est réputé continuer pour un temps indéterminé en ce qui concerne le voyageur de commerce (art. 335 al. 2 CO).

Lorsque la résiliation est subordonnée à un congé préalable, le contrat est réputé renouvelé si aucune des parties n'a donné congé (art. 418 p al. 3 CO). L'art. 335 al 3 CO précise que le contrat est réputé continuer pour une durée indéterminée [1].

§ 2: La fin du contrat d'agence par résiliation

Section 1: En général

Lorsque le contrat a été conclu pour un temps indéterminé, soit sans fixation de durée ou sans qu'une telle durée résulte de son but, il peut être résilié de part et d'autre, au cours de la première année, moyennant

[1] Réserve étant faite du cas où l'agent atteint l'âge de la retraite.

un congé donné un mois d'avance pour la fin d'un mois (art. 418 q al. 1 CO). Les parties peuvent déroger à cette règle. Si elles conviennent d'un délai plus court, elles doivent observer la forme écrite, la validité de la stipulation d'un délai plus long n'étant pas subordonnée à une forme particulière [2].

Il en est de même pour le voyageur de commerce, sauf disposition contraire d'un accord, d'un contrat type de travail ou d'une convention collective (art. 336 a CO) ou lorsque la provision représente une part essentielle du salaire et qu'elle est soumise à des fluctuations saisonnières importantes (art. 350 CO).

Lorsque le contrat a duré plus d'un an, il peut être résilié moyennant un congé donné deux mois d'avance pour la fin d'un trimestre de l'année civile (art. 418 q al. 2 CO). Les parties ne peuvent pas convenir d'un délai de congé plus court, mais bien d'un délai plus long, et cela sans être liées à une forme particulière. En outre, elles peuvent convenir d'un terme de résiliation autre que la fin d'un trimestre, pourvu que le délai de congé de deux mois soit respecté; cette dernière disposition permet de tenir compte des affaires saisonnières [3].

Pour le voyageur de commerce, la loi prévoit des délais de congé et des termes de résiliation différents (art. 336 b CO).

La loi ne contient aucune disposition sur la résiliation d'un contrat d'agence conclu pour plus de dix ans. On admet généralement que l'art. 336 d CO, qui prévoit un délai de congé de six mois donné pour la fin d'un mois, est applicable par analogie [4].

Enfin, l'art. 418 q al. 3 CO précise que les délais conventionnels de congé ne peuvent être différents pour le mandant et l'agent. L'art. 336 al. 2 CO reprend la même règle pour le voyageur de commerce.

[2] Message du Conseil fédéral du 27 novembre 1947, Feuille fédérale 1947 III, p. 704.

[3] Message du Conseil fédéral du 27 novembre 1947, Feuille fédérale 1947 III, p. 704.

[4] Message du Conseil fédéral du 27 novembre 1947, Feuille fédérale 1947 III, p. 703. Bideau, p. 142.

Section 2: Pour de justes motifs

Aux termes de l'art. 418 r al. 1 CO, auquel il ne peut être dérogé [5], le mandant et l'agent peuvent, sans avertissement préalable, résilier immédiatement le contrat pour de justes motifs. L'al. 2 précise que les dispositions relatives au contrat de travail sont applicables par analogie [6]. Depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit du travail, ce sont les articles 337 CO et suivants.

Ainsi, l'agent et le voyageur de commerce sont soumis aux mêmes règles.

Rappelons que, selon l'art. 337 CO, sont notamment considérées comme de justes motifs toutes les circonstances qui, selon les règles de la bonne foi, ne permettent pas d'exiger de celui qui a donné le congé la continuation des rapports de travail [7]. En cas de litige, le juge apprécie librement s'il existe de justes motifs, mais en aucun cas, il ne peut considérer comme tel le fait que l'agent ou le voyageur de commerce a été sans sa faute empêché de travailler (art. 337 al. 3 CO) [8].

Précisons enfin que si les justes motifs de la résiliation immédiate consistent dans l'inobservation du contrat par l'une des parties, celle-ci doit réparer le dommage causé, compte tenu de toutes les prétentions découlant du contrat (art. 337 b al. 1 CO). Ainsi, l'agent peut faire valoir les provisions qui lui auraient été normalement dues jusqu'au prochain terme de résiliation (éventuellement un traitement fixe) et le mandant le manque à gagner jusqu'à ce qu'il ait trouvé un nouvel agent [9].

Si aucune des parties n'a commis de faute ou si chaque partie en supporte une, le juge apprécie librement les conséquences pécuniaires de la résiliation immédiate en tenant compte de toutes les circonstances (art. 337 b al. 2 CO).

[5] Message du Conseil fédéral du 27 novembre 1947, Feuille fédérale 1947 III, p. 704. Bideau, p. 142. Schaerer, p. 90.

[6] RO 89 II 33 – JT 1963 I 591.

[7] Voir pour le voyageur de commerce: art. 349 al. 2 CO.

[8] L'art. 337 al. 3 CO a une portée plus large que celle de l'ancien art. 352 al. 3 CO qui imposait au Juge de ne considérer comme justes motifs que la maladie relativement courte et le service militaire obligatoire.

[9] Wehrli, pp. 98-99. Hangartner, p. 44 ss.

§ 3: Autres causes: la mort, l'incapacité, la faillite

La mort ou l'incapacité de l'agent met fin au contrat d'agence (art. 418 s al. 1 CO)[10]. Par contre, la mort du mandant ne met fin au contrat que s'il a été conclu essentiellement en raison de sa personne (art. 418 s al. 2 CO)[11]. On a ainsi tenu compte du fait que les héritiers ont le plus souvent intérêt à ce que l'agent continue à s'occuper des affaires du mandant[12].

Seule la faillite du mandant met fin au contrat d'agence (art. 418 s. al. 1 CO), celle de l'agent ne peut que constituer un juste motif de résiliation[13].

Relevons à ce propos que l'agent, aux termes de l'art. 2 des dispositions finales de la loi sur le contrat d'agence, bénéficie d'un privilège de troisième classe relatif aux créances résultant d'un contrat d'agence pour les douze mois qui précèdent l'ouverture de la faillite (art. 219, 3e classe, litt. c LP).

[10] Pour le voyageur de commerce, art. 338 CO.
[11] Pour le voyageur de commerce, art. 338 a CO.
[12] Schaerer, p. 91. Meister, p. 59.
[13] Wehrli, p. 88; pour le voyageur de commerce, art. 337 a CO.

Chapitre VII

CARACTÉRISTIQUES DE L'AGENT D'ASSURANCES

§ 1 : Organisation de vente des compagnies d'assurances

Comme toutes les grandes entreprises, les sociétés d'assurances n'échappent pas à la nécessité de créer un réseau de distribution qui constitue le service externe de chaque compagnie. Son but est de rechercher la conclusion de contrats d'assurances et de maintenir un contact étroit avec les assurés. L'existence d'un tel service se justifie particulièrement en matière d'assurances où le public n'éprouve pas spontanément un « besoin » aussi fort que dans le domaine des biens de consommation courants.

L'organisation d'une compagnie d'assurances présente ordinairement une structure pyramidale dont le sommet est le siège de la direction. Suivant l'importance des entreprises, elle comprend également des directions et des sous-directions régionales.

A la base se situent les agences générales, dont le rayon d'activité correspond généralement au territoire d'un canton, parfois d'une grande ville et, suivant les entreprises, des agences de dimension plus restreinte, souvent improprement nommées « agences principales », dont le rayon géographique est plus limité encore ou qui assurent la promotion d'une seule des branches d'assurances exploitées par la compagnie. De ces agences dépend tout un réseau d'intermédiaires portant les titres d'agents professionnels, d'acquisiteurs ou d'inspecteurs.

Au bas de la pyramide que constitue le service externe se trouvent un grand nombre d'agents occasionnels ou indicateurs qui, à côté de leur profession principale, fonctionnent comme représentants de la compagnie au lieu de leur domicile et dépendent soit d'un agent général, soit d'un inspecteur.

A l'agence sont encore rattachés un ou des inspecteurs de sinistres, rétribués ordinairement par la compagnie, dont la tâche principale est

le règlement des sinistres survenus, mais qui à l'occasion négocient aussi la conclusion de contrats d'assurances. Cependant, pour des raisons évidentes de collisions d'intérêts, on observe aujourd'hui que la tendance est de leur supprimer toute possibilité d'acquisition.

Remarquons que l'organisation du service externe, que nous avons décrite, et la terminologie que nous avons utilisée varient d'une compagnie à l'autre, parfois d'une branche d'assurances à l'autre, spécialement en ce qui concerne l'assurance transport, où l'organisation est réduite.

Les rapports contractuels qui lient ces différents intermédiaires à la compagnie d'assurances sont très divers. Certains relèvent du contrat d'agence, d'autres du contrat de travail ou du mandat.

§ 2: Catégories d'agents d'assurances et leurs taches respectives

Section 1: L'agent général (ou principal)

Cette dénomination recouvre en fait deux types d'agents généraux, soit l'agent indépendant et l'agent « en régie ». Si rien ne les différencie dans les rapports qu'ils entretiennent avec les preneurs d'assurances et toutes les personnes qui, d'une manière générale, sont, à un titre quelconque, créancières de prestations d'assurances, les liens contractuels qui les lient à la compagnie diffèrent.

A. — L'agent général indépendant

L'agent général indépendant est lié à sa compagnie par un contrat d'agence au sens des articles 418 a et suivants CO [1]. Aux termes de ce contrat, la compagnie confie à l'agent la direction d'une agence dont le rayon d'activité est très précisément délimité. Dans ce cadre, l'agent doit créer et développer une organisation externe dont le but est d'amener par son intermédiaire ou directement la conclusion de contrats d'assurances dans les branches exploitées par la compagnie. Cette tâche implique que l'agent doit maintenir un réseau externe correspondant à l'étendue et à la densité de population de son rayon d'activité. A cet effet, il doit engager, dans la mesure nécessaire et d'entente avec la compagnie, des intermédiaires professionnels ou non professionnels qu'il doit former et surveiller. Les sociétés d'assurances se réservent toujours le droit

[1] L'agent principal qui dépend d'un agent général a le même statut.

d'accepter ou de refuser l'engagement de ces collaborateurs ou d'exiger leur licenciement s'ils compromettent leurs intérêts moraux ou matériels.

L'agent général indépendant doit également créer un service interne et engager à cet effet du personnel de bureau. Il prend à sa charge l'ensemble des salaires et des charges sociales du personnel externe et interne de l'agence, les frais de loyer, de mobilier, de machines de bureaux, de téléphone, de port, de publicité et de voiture. Pour ces derniers frais, l'agent indépendant reçoit assez souvent une indemnité, spécialement pour la publicité que la compagnie lui conseille de faire.

Les tâches essentielles de l'agent général indépendant sont ainsi la direction de son organisation, la négociation de contrats d'assurances et la gestion du portefeuille existant.

En règle générale, ses compétences sont celles d'un agent négociateur. Il peut arriver que, pour des couvertures standards d'assurances, il soit habilité à conclure [2] lui-même des contrats, en particulier dans la branche « choses ». Par contre, en assurance-vie, il n'a jamais les pouvoirs d'un agent stipulateur.

L'agent indépendant doit suivre fidèlement les nombreuses instructions édictées par la direction. Conformément à l'art. 34 al. 2 LCA, il n'a pas la faculté de s'écarter des tarifs et des conditions générales d'assurances [3]. Il doit soumettre toutes les propositions d'assurances qu'il a négociées à la compagnie qui est libre de les accepter ou de les refuser. En cas de refus, il lui est interdit de les transmettre à d'autres assureurs. Il ne peut exercer une autre activité ou travailler pour le compte d'une autre société d'assurances qu'avec l'accord de sa compagnie [4]. Cet accord est parfois donné pour des branches que la compagnie n'exploite pas elle-même.

En plus de son activité de représentant, l'agent indépendant a un certain nombre de tâches administratives telles que: réception et transmission des propositions à l'assureur, délivrance de la police, réception de communications diverses, règlement des sinistres, versement des sommes assurées. Par contre, il ne procède plus guère à l'encaissement [5] des primes qui est généralement centralisé au siège de la direction.

[2] Très souvent, il n'a que le pouvoir d'accorder une couverture provisoire à l'assuré.

[3] Il ne faut pas perdre de vue qu'il s'agit là d'une conséquence du contrôle, par le Bureau fédéral des assurances, des tarifs et des conditions générales.

[4] Par contre, nous n'avons pas vu de contrats d'agence prévoyant une prohibition de concurrence au sens de l'art. 418 d al. 2 CO.

[5] En ce qui concerne le ducroire, première partie, chapitre VII, paragraphe 3.

Néanmoins, il lui incombe encore de procéder aux actes de poursuite relatifs au recouvrement des primes impayées.

Il a l'obligation de tenir une comptabilité et de rendre compte de sa gestion à son mandant. Il est personnellement responsable du dommage que lui-même ou ses collaborateurs pourraient causer à la compagnie [6], notamment quant aux sommes encaissées par ces derniers ou qui leur ont été confiées en vue du règlement de capitaux échus ou de sinistres. Il doit tolérer que la direction procède en tout temps à des contrôles et est tenu d'observer une discrétion absolue sur les affaires qu'il a traitées.

Il s'engage à restituer à la société, à la fin de son contrat, toutes les circulaires, instructions, tarifs et autres documents, ainsi que les fichiers des assurés.

Les assureurs se réservent en général le droit de modifier le rayon attribué à l'agent, d'y traiter directement ou par l'intermédiaire d'autres représentants certaines affaires, de sorte que l'agent ne bénéficie jamais en pratique d'un droit exclusif de représentation (art. 418 f al. 3 CO).

L'agent indépendant reçoit à titre de rémunération différentes provisions qu'en termes de métier on nomme le plus souvent commissions. Il ne touche en principe pas de traitement fixe. Cependant, au début de ses rapports de service, il a souvent droit à un minimum de commissions garanti qui correspond en fait à une rétribution de cette nature. Selon les compagnies, les taux de commissions sont différents si l'agent a conclu un contrat d'assurances lui-même ou par l'intermédiaire de son organisation. Ces commissions portent des noms qui varient d'une société à l'autre. Les plus fréquentes sont:

1. La commission d'acquisition.
2. La commission de renouvellement.
3. La commission d'encaissement, plus justement dénommée commission de portefeuille, calculée sur la base de l'ensemble du portefeuille existant, qui a pour but d'engager l'agent à maintenir les contrats en cours et à soigner ses relations avec la clientèle.
4. La commission d'intérêt, appelée aussi superprovision ou commission de rappel, calculée sur la base de la production annuelle de l'agence.

[6] Il doit généralement verser à l'assureur une caution en garantie de ses obligations.

Les compagnies se réservent en général le droit de modifier les taux de commission ou, plus souvent, instituent des systèmes de taux dégressifs suivant l'augmentation de la production pour contenir la rémunération de l'agent dans certaines limites.

En matière de prestations sociales, l'agent indépendant est généralement affilié à un fonds de prévoyance créé par la compagnie qui prend à sa charge une part prépondérante des cotisations. En outre, il bénéficie de conditions favorables pour s'assurer contre d'autres risques le menaçant dans sa personne et ses biens. Par contre, il assume seul le montant des cotisations AVS et AI.

Signalons enfin que le contrat d'agence est en général conclu pour une durée indéterminée et peut être résilié en tout temps, moyennant un délai de congé de trois mois en général.

En bref, constatons que l'organisation hiérarchisée des compagnies, les nombreuses directives et instructions relatives aux conditions générales des contrats et au tarif restreignent l'indépendance de l'agent. Il n'en demeure pas moins que l'agent général indépendant conserve à notre sens les traits essentiels d'un agent entrepreneur au sens des art. 418 a ss. CO, pour les raisons suivantes:

Il jouit à la fois d'une indépendance juridique et d'une autonomie économique. En effet, il est inscrit au Registre du commerce. Il est dans une large mesure libre de l'emploi de son temps et dans l'organisation de son travail. Il décide à sa convenance de la date et de la durée de ses vacances qui ne lui sont pas payées. Il engage son personnel et le rétribue lui-même. Il assume la plus grande part des frais résultant de son activité. Il perçoit à titre de rémunération des commissions calculées en fonction du résultat de son travail.

Si parfois la compagnie se réserve, dans certains domaines, de contrôler son activité, s'il peut arriver qu'elle lui assure un salaire fixe minimum et lui verse des prestations en matière de prévoyance sociale, cela ne nous paraît pas incompatible avec la notion de contrat d'agence.

B. — L'agent général « en régie »

L'agent général « en régie » a dans l'exercice de son activité les mêmes compétences et fonctions que l'agent indépendant. Comme lui, il doit créer et diriger une organisation destinée à conclure des contrats d'assurances. Cependant, la compagnie dispose à son égard d'un pouvoir de contrôle et d'instruction très large. Contrairement à l'agent indépendant,

l'agent « en régie » n'a pas de charges financières et, s'il est astreint à certaines opérations comptables, elles ne concernent que la compagnie. Cette dernière assume l'ensemble des frais de salaires du personnel des services externes et internes et toutes les dépenses de fonctionnement de l'agence.

L'agent « en régie », au contraire de l'agent général indépendant, ne jouit pas d'une indépendance juridique et d'une autonomie économique. En effet, si les diverses formes de rétribution adoptées par les compagnies varient beaucoup de l'une à l'autre, elles le déchargent en fait toutes du risque commercial de son activité.

La rémunération de l'agent « en régie » se compose le plus souvent d'un fixe et de commissions. Le fixe constitue généralement 80 à 90% de son revenu total. Certaines compagnies accordent à leurs agents un fixe et une participation calculée sur le chiffre d'affaires. Nous avons vu dans la pratique certaines compagnies qui garantissent à l'agent une rémunération, calculée en fonction des possibilités économiques du rayon attribué à l'agence, qui comprend, à parts égales, un fixe et des commissions. Si l'agent ne parvient à gagner qu'une partie du total garanti, la compagnie lui verse la différence; s'il le dépasse, elle garde le bénéfice réalisé, qui lui sert à amortir les investissements qu'elle a consentis. Chaque année, le total garanti est adapté en fonction des résultats obtenus et du coût de la vie. Ce système, qui s'apparente à celui de l'agent indépendant, a pour effet de stimuler l'agent « en régie », mais le décharge en dernière analyse de tout risque commercial.

Dans le domaine des prestations sociales, la situation de l'agent « en régie » est identique à celle d'un représentant lié par un contrat de travail. Il est affilié à un fonds de prévoyance [7]. La compagnie prend à sa charge une part de ses cotisations AVS et AI et le plus souvent l'ensemble de ses primes d'assurances maladie et accident. Elle fixe la durée et le moment de ses vacances, entièrement payées, et détermine les prestations auxquelles il a droit en cas de service militaire, d'accident ou de maladie.

La situation de l'agent général « en régie » est à notre sens comparable à celle d'un directeur d'une succursale de banque. Si pour le public il paraît avoir les qualités d'un agent indépendant, il ne peut être qualifié d'agent au sens des art. 418 a ss. CO, dès lors qu'il ne jouit pas d'une

[7] Comme pour l'agent indépendant, la compagnie prend à sa charge les deux tiers des cotisations.

authentique indépendance juridique et qu'il est privé d'une véritable autonomie économique.

Section 2: L'inspecteur (ou acquisiteur)

Au contraire de l'agent général indépendant ou « en régie », l'inspecteur n'est pas lié contractuellement à la compagnie d'assurances, mais à l'agent général par un contrat intitulé « contrat d'engagement ou de travail ». Aux termes de ce contrat, établi sur une formule fournie par la direction, l'agent général attribue à l'inspecteur un rayon d'activité délimité, dans lequel il doit négocier des contrats d'assurances, créer et diriger un réseau d'intermédiaires locaux.

L'inspecteur n'a que relativement peu de tâches administratives. Il ne jouit pas d'un droit exclusif de représentation et ne peut, sauf convention contraire, exercer de profession accessoire ou travailler pour le compte d'une autre société d'assurances. Il ne possède pas de pouvoir d'encaissement, sauf instruction spéciale de l'agent général. Ses compétences sont celles d'un agent négociateur. Il a l'obligation d'établir un plan de travail approuvé par l'agent général et doit lui remettre un rapport périodique écrit sur son activité.

Il reçoit, à titre de rémunération, un fixe qui peut aller jusqu'à constituer la part essentielle de son revenu total, combiné avec des commissions. Lorsqu'il s'agit d'affaires traitées par ses agents locaux ou avec l'aide d'indicateurs, il ne touche qu'une commission réduite. En plus de cette rémunération, l'inspecteur a droit le plus souvent à une indemnité forfaitaire, en remboursement de ses dépenses et de ses frais de transport.

Il est généralement assuré gratuitement contre la maladie et les accidents ou bénéficie de larges faveurs et est affilié à un fonds de prévoyance. Les contrats que nous avons pu consulter contiennent tous des dispositions concernant les prestations qui lui sont dues pendant les vacances [8], le service militaire obligatoire et en cas d'accident ou de maladie [9].

L'inspecteur a quelquefois l'obligation de déposer une caution en garantie de ses obligations.

[8] De 3 à 4 semaines suivant l'âge.

[9] Nous n'entrons pas dans le détail de ces prestations qui diffèrent d'une compagnie à l'autre. En général, soit l'indemnité pour frais, soit le montant des commissions est réduit. En cas de maladie ou d'accident, entraînant une incapacité de travail de longue durée, l'ensemble du revenu de l'inspecteur est réduit.

Le contrat est presque toujours conclu pour une durée indéterminée et peut être résilié en tout temps, moyennant un délai d'avertissement relativement court.

Un seul des contrats que nous avons vus contenait une clause de prohibition de concurrence s'étendant après la fin des rapports de service.

En bref, l'inspecteur est lié à sa compagnie par un contrat de travail auquel sont applicables les dispositions relatives au voyageur de commerce (art. 347 ss. CO).

Section 3: L'agent occasionnel

L'agent occasionnel est un intermédiaire qui exerce principalement une autre profession (officier d'état civil, secrétaire communal, instituteur, gérant d'immeubles, directeur ou employé de succursale de banque ou de fiduciaire, avocat, notaire, garagiste, toute personne qui peut avoir l'occasion de négocier un contrat d'assurances). Il peut être en relation avec un agent général ou un inspecteur. Certains sont liés à leur mandant par un contrat écrit sur une formule établie par la compagnie, d'autres en vertu d'un simple mandat oral. Leur unique tâche consiste à signaler les possibilités de négociations de contrats d'assurances. Ils n'ont jamais les pouvoirs d'un agent stipulateur. Dans leur contrat, il est souvent fait mention du rayon qui leur est attribué et qui correspond généralement à la localité où ils sont domiciliés. Ils n'ont naturellement aucun droit exclusif de représentation, tout au plus s'engagent-ils parfois à s'abstenir de travailler pour le compte d'une autre société et n'ont aucun pouvoir d'encaissement.

L'agent occasionnel touche pour seule rétribution des commissions d'acquisition et de renouvellement, mais aucune commission de portefeuille ou d'encaissement.

Lorsque l'agent occasionnel est lié à son mandant par un accord écrit, le contrat est conclu pour une durée indéterminée et résiliable moyennant un délai d'avertissement très court [10].

Certains contrats que nous avons pu consulter prennent soin de préciser que seules les dispositions relatives au mandat sont applicables à l'agent occasionnel. On peut se demander si de telles stipulations ne sont pas contraires aux principes généraux du Code des obligations.

[10] De 2 jours à 1 mois.

§ 3: Le ducroire de l'agent d'assurances

La clause de responsabilité du ducroire, selon laquelle l'agent répond du paiement des primes, n'est pas usuelle en matière d'assurances [11]. Aucun des contrats d'agent général, d'inspecteur ou d'agent occasionnel, que nous avons consultés ne contient une telle clause.

Il nous incombe néanmoins d'examiner pour chaque catégorie d'agents d'assurances les dispositions applicables en matière de ducroire [12]. Remarquons, en premier lieu, que la clause du ducroire diffère sensiblement suivant les liens contractuels qui unissent l'agent d'assurances à sa compagnie. En effet, la loi sur le contrat d'agence prévoit une telle clause à son art. 418 c al. 3 CO [13]. Le contrat d'engagement des voyageurs de commerce, à l'al. 1 de l'art. 348 a CO, déclare que: « sont nuls les accords en vertu desquels le voyageur de commerce répond du paiement ou d'un autre mode d'exécution des obligations de la clientèle ou supporte tout ou partie des frais de recouvrement des créances », mais précise à l'al. 3: « qu'en ce qui concerne les contrats d'assurances, le voyageur acquisiteur peut s'engager par écrit à prendre à sa charge la moitié ou plus des frais de recouvrement de créances si une prime ou fraction de prime n'a pas été payée et s'il demande qu'elle soit recouvrée par voie d'action en justice ou d'exécution forcée ». Cette disposition s'explique par le fait que l'agent d'assurances a un intérêt évident à poursuivre le preneur ou l'assuré, dès lors que la commission lui est due aussitôt que la première prime est payée. Enfin, la partie générale du nouveau droit du travail (art. 319 à 343 CO) ne contient aucune disposition relative au ducroire.

Section 1: Le ducroire de l'agent général indépendant

L'agent général indépendant, lié à son mandant par un contrat d'agence au sens des art. 418 a ss. CO, peut assumer, conformément à l'art. 418 c al. 2 CO, l'engagement de répondre du paiement des primes relatives à des contrats d'assurances qu'il a lui-même conclus ou que ses auxiliaires ont conclus [14].

[11] Wehrli, p. 62.

[12] Jakob, dans *Revue suisse d'Assurances*, 1973 (41), N^os^ 9 et 10, pp. 309-318 et 341-355.

[13] Première partie, chapitre V, paragraphe 1, section 4.

[14] La plupart des compagnies ne font aucune différence entre la production personnelle de l'agent et celle de ses collaborateurs.

Section 2: Le ducroire de l'agent général « en régie »

Les relations contractuelles entre l'agent en régie et la compagnie relèvent du contrat de travail. Ses tâches sont doubles. Rappelons qu'il doit d'une part négocier et conclure personnellement des contrats d'assurances et, d'autre part, diriger une équipe de collaborateurs chargés d'amener la conclusion de nouvelles affaires. Il est donc aussi bien un voyageur acquisiteur[15] au sens des art. 347 et 348 a CO qu'un cadre supérieur, soumis à ce titre aux dispositions de la partie générale du droit du travail (art. 319 à 343 CO). Pour toutes les affaires qu'il a négociées ou conclues personnellement, en qualité de voyageur acquisiteur, la compagnie peut lui imposer une clause de ducroire dans les limites prévues par l'art. 348 a al. 2 CO.

Par contre, pour toutes les affaires conclues par ses collaborateurs, dont il est responsable à l'égard de son employeur, en vertu de son statut d'employé supérieur, l'art. 348 a al. 2 CO ne lui est pas applicable, car il ne possède plus les qualités de voyageur acquisiteur.

Cela signifie-t-il que l'agent « en régie » est libre de souscrire conventionnellement à n'importe quelle forme de ducroire? Tel n'est pas le cas, bien que les dispositions de la partie générale du droit du travail auxquelles il est soumis ne contiennent aucune prescription expresse relative au ducroire. En effet, l'art. 321 e CO, de droit impératif (art. 362 CO) précise que le travailleur, soit l'agent en régie, répond du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence. Il s'agit là d'une responsabilité pour pure faute. Ainsi, l'agent général « en régie » ne peut répondre du paiement des primes par les assurés, principalement que dans la mesure où il encourt une responsabilité pour faute et exceptionnellement sans faute de sa part dans les limites de l'art. 348 a al. 2 CO.

Section 3: Le ducroire de l'inspecteur

Comme nous l'avons vu, le contrat qui lie l'inspecteur à l'agent général indépendant ou en régie est un contrat de travail auquel sont

[15] Le terme de voyageur acquisiteur correspond dans le texte allemand au terme de « reisender Versicherungsvermittler ». Il faut entendre, comme le laisse supposer le texte français à l'inverse du texte allemand, aussi bien celui qui négocie que celui qui conclut des contrats d'assurances (Jakob, dans *Revue suisse d'Assurances*, 1973 (41), N° 10, pp. 350-352).

applicables les dispositions relatives au voyageur de commerce. Ainsi l'agent général aura toujours la faculté d'imposer à l'inspecteur la clause de ducroire prévue par l'art. 348 a al. 3 CO.

Section 4: Le ducroire de l'agent occasionnel

Vu la nature des rapports qui lient l'agent occasionnel à l'agent général ou à l'inspecteur, une telle clause n'est nullement usuelle et ne présente, du reste, guère d'utilité pour l'assureur.

§ 4: Les pouvoirs de représentation de l'agent d'assurances

Section 1: En général

La loi sur le contrat d'agence définit les pouvoirs de représentation de l'agent à l'art. 418 e CO et réserve pour l'agent d'assurances les art. 34 et 44 al. 3 LCA [16].

L'art. 34 LCA [17] précise à son al. 1 que, « à l'égard du preneur d'assurance, l'agent est réputé pouvoir faire pour l'assureur les actes que comportent habituellement les opérations d'un agent de sa catégorie ou que l'agent a coutume de faire avec l'autorisation tacite de l'assureur ». L'al. 2 dispose que « l'agent n'a le pouvoir de modifier les conditions générales de l'assurance ni au profit, ni au préjudice du preneur ».

La note marginale de cet article « responsabilité de l'assureur pour ses agents » prête à confusion. En fait, cette disposition ne définit pas la responsabilité de l'assureur pour ses agents, qui est soumise aux règles générales du Code des obligations (art. 55 et 101 CO), mais l'étendue des pouvoirs de représentation dont jouit l'agent d'assurances à l'égard des tiers et s'inspire des art. 32 et 462 CO.

Il convient de remarquer que la notion d'agent selon l'art. 34 LCA est beaucoup plus large que celle de l'art. 418 e CO. Sont, en effet, soumises à l'art. 34 LCA toutes les personnes qui font professionnellement ou occasionnellement le commerce d'assurances, sans égard aux relations juridiques qui les lient à l'assureur.

[16] Il en est de même pour le voyageur acquisiteur aux termes de l'art. 348 b al. 3 CO, qui réserve l'art. 34 LCA.

[17] Cette disposition a un caractère impératif aux termes de l'art. 98 LCA, sauf en ce qui concerne l'assurance transport.

Section 2: Champ d'application de l'art. 34 LCA

La jurisprudence et la doctrine ont établi une classification des agents d'assurances qui, comme le démontre Testuz [18], n'est pas très utile. Elles distinguent l'agent négociateur de l'agent stipulateur et définissent leurs pouvoirs de représentation respectifs:

A. — Les pouvoirs de représentation de l'agent négociateur selon la jurisprudence et la doctrine

L'agent négociateur[19] est qualifié pour donner au preneur d'assurances toutes les explications utiles à la compréhension du contrat, pour recevoir les propositions [20], toutes les communications destinées à l'assureur (art. 44 al. 3 LCA) et les avis du preneur relatifs aux sinistres, à l'aggravation du risque, à la résiliation, pour délivrer la police [21], pour encaisser les primes [22]. Par contre, la connaissance par ce dernier de faits importants pour l'appréciation du risque n'est pas opposable à l'assureur [23].

B. — Les pouvoirs de représentation de l'agent stipulateur selon la jurisprudence et la doctrine

L'agent stipulateur [24] est qualifié pour donner aux preneurs d'assurances toutes les explications utiles à la compréhension du contrat, pour accepter et refuser les propositions, pour établir la police, pour prolonger, suspendre, remettre en vigueur [25] et modifier des contrats en cours ou déroger aux conditions générales d'assurances, mais seulement au profit de l'assuré [26]. Il est également compétent pour recevoir les communications destinées à l'assureur [27] , pour encaisser les primes [28] et envoyer les sommations [29]. En outre, l'assureur doit se laisser opposer par le

[18] P. 36.
[19] Première partie, chapitre IV, paragraphe 1, section 4, lettre A.
[20] Mais pas pour l'accepter.
[21] Kœnig, p. 66 ss. Sigg, pp. 14-15. Meyer, p. 83.
[22] S'il a l'habitude de le faire avec l'accord tacite de l'assureur: Roelli, pp. 333 et 514.
[23] RBA V, N° 75, RBA VII, N° 192, RBA IV, N° 22, RBA XI, N° 6, RBA XII, N° 11.
[24] Première partie, chapitre IV, paragraphe 1, section 4, lettre B.
[25] Roelli, p. 506. Meyer, p. 80 ss.
[26] Art. 34 al. 2 LCA. Sigg, p. 13. Kœnig, p. 64. RBA VII, N° 270.
[27] Sauf convention contraire expresse (art. 44 al. 3 *in fine* LCA).
[28] En vertu d'une procuration spéciale (art. 418 e al. 2 CO).
[29] Meyer, p. 80 ss. Kœnig, p. 65 ss. Sigg, pp. 13-14. Roelli, p. 506 ss.

preneur les faits importants pour l'appréciation du risque (art. 4 LCA) [30], connus par l'agent stipulateur [31]. Par contre, ce dernier n'est pas autorisé à décider du règlement des sinistres, à reconnaître que l'assureur doit une indemnité, à conduire un procès, à renoncer à des exceptions, à engager des poursuites [32].

En outre, la jurisprudence et la doctrine ont dégagé de leur interprétation de l'art. 34 LCA deux principes généraux valables aussi bien pour l'agent négociateur que pour l'agent stipulateur:

— L'assureur n'est pas lié par les déclarations de l'agent lorsqu'elles sont contraires à des indications précises et non équivoques contenues dans la proposition et dans les conditions générales d'assurances [33], alors qu'il l'est par les explications que l'agent peut donner sur la proposition et les conditions générales si la portée et l'interprétation de l'un ou l'autre de ces documents sont équivoques et peu claires [34].

C. — Classification proposée

Comme nous l'avons dit en préambule, la distinction que font la jurisprudence et la doctrine entre l'agent négociateur et l'agent stipulateur ne nous paraît guère utile pour la raison essentielle suivante:

— D'une manière générale, les personnes amenées à traiter une affaire avec un agent d'assurances ne sont pas à même de faire cette distinction. Or, selon la *ratio legis* de l'art. 34 LCA, le but de cette disposition tend précisément à protéger, lors de chaque intervention de l'agent, aussi bien le proposant, le preneur d'assurance ou le bénéficiaire que l'assureur.

Dès lors, nous sommes enclins, comme le propose Testuz [35], à distinguer les catégories suivantes d'agents:

1. *L'agent professionnel*, désigné ordinairement sous le titre d'agent général ou principal, ou encore d'inspecteur, qui peut avoir soit

[30] Réticence.

[31] RBA IV, N° 62, RBA V, N°s 75 et 81, RBA IX, N° 22.

[32] Roelli, p. 509, RBA V, N° 216, RBA VII, N° 182, RBA VIII, N° 178, RBA XII, N° 58.

[33] RBA III, N° 60, RBA VII, N° 192, RO 68 II 334 – JT 1943 I 241.

[34] RBA IV, N° 158, RBA V, N° 102, RBA X, N°s 9 et 61, RBA XII, N° 13, Wehrli, p. 102. Dubois, p. 36. Dupont-Cadosch, p. 66. Meyer, p. 91. Farner, p. 46.

[35] Pp. 37-39.

le pouvoir de contracter, soit seulement le pouvoir de négocier. Il se consacre exclusivement ou principalement à son activité. Il reçoit périodiquement des instructions de sa compagnie et suit à intervalles réguliers des cours de perfectionnement. Il est très souvent diplômé en assurances.

2. *L'agent non professionnel*, désigné usuellement sous le titre d'agent occasionnel, de sous-agent ou d'indicateur, qui n'a que le pouvoir de négocier. C'est un collaborateur occasionnel qui, lorsqu'il en a le loisir ou l'occasion, traite des affaires pour se créer une source accessoire de revenu. A l'exception des notaires, avocats et fiduciaires, les agents de cette catégorie n'ont qu'une connaissance limitée du domaine de l'assurance.

Cette classification présente, à notre sens, l'avantage évident qu'elle est aisément reconnaissable pour le public en général. Tout naturellement, les personnes amenées à traiter des affaires avec un agent professionnel seront tentées de lui accorder des pouvoirs de représentation plus étendus qu'à l'agent non professionnel.

Dès lors, il nous paraît équitable de faire supporter à la compagnie d'assurances une plus large responsabilité pour les actes de ses agents professionnels que pour ceux de ses agents non professionnels. Dans cette hypothèse, il conviendrait d'admettre que la responsabilité de l'assureur pour les actes de ses collaborateurs devrait également dépendre de l'expérience plus ou moins étendue des affaires que possède la personne auprès de laquelle l'agent est intervenu.

§ 5: Le contrat d'agence dans le secteur des assurances

Section 1: Généralités

Le commerce des assurances présente des particularités que ne connaissent pas les autres secteurs de l'activité économique. La loi sur le contrat d'agence a été principalement élaborée en fonction de l'agent commercial et ne tient pas toujours compte du caractère propre de l'agent d'assurances. Seuls les articles 418 i CO, relatif à l'exigibilité de la provision, et 418 e CO, concernant les pouvoirs de représentation de l'agent, se réfèrent expressément à l'agent d'assurances.

Les compagnies ont dû s'efforcer d'adapter le contrat d'agence aux particularités de leur activité. Plusieurs dispositions prévues par la loi ne sont pas usuelles dans les contrats conclus entre les assureurs et leurs représentants. Tel est le cas du ducroire (art. 418 c al. 3 CO), du droit exclusif de représentation (art. 418 f al. 3 CO), de la clause de prohibition de concurrence [36] (art. 418 d al. 2 CO), du droit à une commission pour les commandes supplémentaires (art. 418 g al. 1 CO) ou pour les affaires conclues avec des personnes du rayon attribué à l'agent (art. 418 g al. 2 CO).

En outre, l'agent d'assurances bénéficie d'avantages dont ne jouit ordinairement pas l'agent commercial: il obtient le remboursement de ses frais et débours (art. 418 n CO) dans une plus large mesure, il est de règle qu'il soit affilié à un fonds de prévoyance, il est assuré contre les accidents et la maladie à des conditions très favorables ou même gratuitement, en cas d'empêchement de travailler dû à la maladie, aux accidents, au service militaire obligatoire, il touche des prestations supérieures à celles prescrites par l'art. 418 m al. 2 CO.

Par contre, vu la complexité des conditions générales d'assurances et des tarifs, il est soumis à de très nombreux contrôles et instructions. De ce fait, il ne jouit pas d'une indépendance aussi large que celle de l'agent ordinaire.

Enfin, il doit s'acquitter de nombreuses tâches administratives qui n'incombent pas, normalement, à un agent commercial.

Section 2: Evolution

L'organisation de vente des compagnies d'assurances en Suisse a subi une évolution au cours du dernier demi-siècle. Selon le régime qui était auparavant usuel, la compagnie confiait à un agent général sa représentation dans un rayon géographique déterminé avec pour mission la production d'assurances nouvelles et le renouvellement d'assurances arrivant à échéance. L'agent général avait la charge de s'organiser en conséquence et il le faisait très librement à ses frais. C'était un entrepreneur indépendant qui engageait de sa propre initiative des agents acquisiteurs dont il supportait toutes les charges. Il devait également assumer la totalité des dépenses résultant de son activité. A titre de

[36] Les compagnies ont conclu entre elles certains accords limitant la concurrence.

rémunération, il percevait exclusivement une commission d'acquisition et une commission de portefeuille. La compagnie ne se préoccupait pas du tout du gain net qui restait à son représentant. Il supportait entièrement seul le risque d'exploitation de son agence générale. Il devait disposer de ressources financières importantes pour s'installer et pouvait s'exposer à de lourdes pertes, notamment en période de récession.

Au cours des années, les contrats des agents d'assurances ont été adaptés de manière à donner aux agents généraux les avantages d'une certaine sécurité et, en contrepartie, à permettre aux sociétés d'assurances de mieux imposer leur politique commerciale. Cette évolution a amené les compagnies à assurer à l'agent, indépendamment de sa production effective, un revenu minimum stable, destiné à récompenser ses qualités, son savoir-faire et son zèle, spécialement à ses débuts, et à le soutenir financièrement à l'approche de la retraite, lorsqu'il a tendance à moins investir notamment à ne pas engager de nouveaux collaborateurs dont la formation entraîne inévitablement des frais non rentables à court terme.

La prise en charge par les compagnies d'une part toujours plus grande des frais de l'agence, l'institution d'un fixe élevé permettent à ces dernières d'obliger l'agent à attaquer de nouveaux marchés, peu productifs au début. L'agent ne s'en trouve pas lésé. Au contraire, son revenu ne subit plus toutes les fluctuations de l'économie. Il est assuré d'avoir en période de récession un revenu convenable et en période de haute conjoncture la compagnie a la possibilité de récupérer les investissements qu'elle a consentis pour le développement de l'agence.

Les contrats d'agence en vigueur à l'heure actuelle illustrent parfaitement cette évolution. On y trouve toutes les variantes, du contrat d'agence pur au sens des art. 418 a ss. CO au contrat d'agence « en régie », forme particulière de contrat de travail. Le nombre des agences « en régie » [37] est aujourd'hui supérieur à celui des agences indépendantes. Cette proportion est beaucoup plus marquée au sein des grandes sociétés d'assurances que dans les petites. Le système de l'agence « en régie » présente l'avantage principal de permettre à la compagnie d'avoir une politique commerciale uniforme dans son champ d'activité, de surmonter relativement aisément les périodes difficiles, ce que l'agent indépendant n'est pas en mesure de faire.

Ce système comporte aussi des désavantages. Il fait de l'agent un directeur administratif, coupé de sa clientèle et des réalités de son rayon

[37] Particulièrement dans les branches dommages.

d'activité. Cette solution présente aussi l'inconvénient d'être coûteuse, l'agent ne gérant pas ses propres deniers. C'est pourquoi, à notre avis, le régime de l'agence pure subsistera. Il est mieux adapté à des rayons de moyenne importance (30 000-35 000 habitants), il permet à l'agent d'être plus proche de la clientèle et stimule ses qualités d'entrepreneur, son dynamisme.

Par ailleurs, le phénomène de récession que connaissent actuellement les économies occidentales est un facteur en faveur du régime de l'agence proprement dite. En effet, si la conjoncture devait encore se dégrader, imposant un frein au développement des sociétés d'assurances, il n'est pas sûr que celles-ci pourraient continuer à supporter les charges importantes inhérentes aux agences « en régie ».

DEUXIÈME PARTIE

L'indemnité de clientèle

Le droit à une indemnité de clientèle en cas de dissolution du contrat d'agence a été l'une des revendications maîtresses présentées par les agents. Elle est fondée sur le fait qu'il serait injuste que l'agent perde le bénéfice de ses efforts lorsque, après avoir travaillé pendant des années à créer une nouvelle clientèle, il se voit un jour relevé de son mandat, tandis que le mandant va continuer à récolter les fruits de son travail.

L'art. 418 u CO est la disposition de la loi sur le contrat d'agence qui suscita le plus de questions et qui faillit même causer l'échec du projet de loi. Elle souleva en particulier une violente opposition de la part des compagnies d'assurances [1]. La version actuelle de cette disposition est le résultat de nombreuses discussions et compromis, ainsi que de sept projets successifs.

Elle prévoit à son al. 1 que « lorsque l'agent a, par son activité, augmenté sensiblement le nombre des clients du mandant et que ce dernier ou son ayant-cause tire un profit effectif de ses relations d'affaires avec ses clients même après la fin du contrat, l'agent ou ses héritiers ont droit, à moins que ce ne soit inéquitable, à une indemnité convenable qui ne peut pas leur être supprimée par convention ».

L'al. 2 précise que « cette indemnité ne peut cependant pas dépasser le gain annuel net résultant du contrat et calculé d'après la moyenne des cinq dernières années ou d'après celle de la durée entière du contrat si celui-ci a duré moins longtemps ».

Aux termes de l'al. 3, « aucune indemnité n'est due lorsque le contrat a été résilié pour un motif imputable à l'agent ».

[1] Bideau, p. 149. Berger, p. 97.

Chapitre premier

HISTORIQUE DE L'INDEMNITÉ DE CLIENTÈLE

§ 1: L'indemnité de clientèle avant la loi du 4 février 1949

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi sur le contrat d'agence, le droit à une indemnité pour la clientèle n'existait pas. L'agent était ainsi dépendant de la générosité de son mandant. En l'absence de délais de résiliation conventionnels, il pouvait être congédié prématurément et sans indemnisation. Parfois, le mandant accordait à l'agent, après la dissolution du contrat d'agence, une provision sur les commandes supplémentaires ou le maintenait dans la caisse de pension à laquelle il l'avait affilié. C'était pourtant rarement le cas [1].

L'agent n'était cependant pas démuni de toute protection [2]. Si le contrat d'agence pouvait être résilié en tout temps, comme le mandat (art. 404 al. 1 CO), dont les règles lui étaient applicables, l'al. 2 de l'art. 404 CO obligeait la partie qui résiliait en temps inopportun à indemniser l'autre du dommage qu'elle lui causait. Selon Blatter et Padel, il y avait dommage lorsque l'agent avait consenti des dépenses pour créer et maintenir son agence et que le contrat était résilié sans qu'un motif ne lui soit imputable et sans qu'il ait pu jouir des fruits de son activité [3].

[1] *L'agent général* 1948, N° 1, p. 2.
[2] Blatter, p. 112 ss. Padel, p. 114 ss. Fehr, dans ZSR 69 (1950), p. 19.
[3] Blatter, p. 114. Padel, p. 118.

§ 2: L'INDEMNITÉ PRÉVUE PAR LES 4e, 5e, 6e ET 7e PROJETS DE LA LOI

Les trois premiers projets présentés par le Département de justice et police ne contenaient aucune disposition sur l'octroi d'une indemnité de clientèle. A la demande des associations d'agents une telle disposition fut introduite dans le 4e projet. Elle prévoyait:

> En cas de dissolution du contrat, l'agent dont l'activité exclusive ou principale consiste à rechercher des clients, a droit à une indemnité équitable si la maison qu'il représente ou son ayant-cause tire profit de ses relations d'affaires avec ses clients même après la dissolution du contrat et s'il met fin au contrat moins de trois ans après qu'il a été conclu, sans que l'agent lui ait donné par son comportement de motif suffisant pour le dénoncer ou le résilier.
>
> L'agent a le même droit s'il met fin au contrat moins de trois ans après qu'il a été conclu, du fait que la maison lui a donné par son comportement un juste motif de résiliation.
>
> Ce droit s'éteint s'il n'est pas exercé dans les trois ans à compter de la dissolution du contrat.

Les compagnies d'assurances s'opposèrent énergiquement à l'introduction d'une telle indemnité [4]. Elles firent valoir que cette disposition était « unerträglich », qu'elle conduisait à une augmentation des primes, que le droit à une indemnité n'était concevable que lorsque l'agent avait constitué une clientèle qui offrait, après son départ, des profits au mandant sous forme de commandes sans cesse renouvelées.

Tel n'était pas le cas, selon elles, dans le domaine de l'assurance, où l'on ne pouvait pas parler de commandes supplémentaires, où la souscription d'une police ne créait pas un véritable lien de clientèle entre l'assuré et l'assureur, où toute nouvelle affaire exigeait le même effort d'acquisition que la première, où les possibilités de renouvellement étaient très restreintes.

Le Bureau fédéral des assurances [5] formulait les mêmes objections et se demandait si l'éventuel enrichissement du mandant ne rentrait pas dans les prévisions faites par les parties au moment de la fixation du taux des commissions. D'autres craignaient qu'une telle disposition n'incite, à l'avenir, les compagnies à exiger de l'agent le versement d'une indemnité pour la reprise d'un portefeuille [6].

[4] Délibérations de la commission d'experts: 2e session: 15-16 novembre 1944, Dr P. Stein: p. 43 du protocole des travaux préparatoires, lettre du Dr P. Stein adressée le 28 février 1945 au Département de justice et police.

[5] Lettre du Bureau fédéral des assurances adressée le 1er mars 1945 au Département de justice et police.

[6] Lettre de l'OFIAMT adressée le 7 février 1945 au Département de justice et police.

Ces objections ne furent pas sans répercussions. Lors de leur session des 15 et 16 novembre 1944, relative au 5e projet, les membres de la commission d'experts décidèrent de ne pas soumettre les agents d'assurances à la loi. Toutefois, de nombreuses critiques s'élevèrent contre cette décision, si bien que le 6e projet déclarait à nouveau la loi applicable aux agents d'assurances, à l'exception de l'article relatif à l'indemnité de clientèle.

Ce projet fut à nouveau vivement critiqué par les compagnies, de sorte que le 7e projet prévoyait que le droit à une indemnité pouvait être reconnu par convention aux agents d'assurances.

Par ailleurs, il était précisé que l'agent devait avoir, par son activité, augmenté sensiblement le nombre des clients du mandant. Ce texte encore une fois fut désapprouvé par les parties en cause. Le Message du Conseil fédéral du 27 novembre 1947 remarquait que ce projet tenait déjà compte des particularités des affaires d'assurances (spécialement de l'assurance-vie) et déclarait qu'on pouvait se demander s'il n'y avait pas lieu de biffer la disposition qui autorisait des dérogations pour les agents d'assurances ou s'il ne fallait pas au moins prescrire la forme écrite pour ces dérogations [7].

Les discussions se poursuivirent lors des délibérations des commissions parlementaires sans qu'une solution puisse être trouvée. Finalement, au mois de mars 1948, grâce à l'intervention du conseiller fédéral von Steiger, le compromis suivant fut adopté:

> Lorsque le mandant résilie le contrat sans que l'agent lui ait donné un juste motif de résiliation, l'agent a droit, après la dissolution du contrat et si l'équité l'exige, à une indemnité convenable. Celle-ci n'est due que si, par son activité, l'agent a augmenté sensiblement le nombre des clients du mandant et si ce dernier ou son ayant-cause tire un profit effectif de ses relations d'affaires avec ses clients, même après la dissolution du contrat. Ce droit ne peut pas être supprimé par convention. L'indemnité ne peut cependant pas dépasser le gain annuel net résultant du contrat et calculé d'après la moyenne des cinq dernières années.

§ 3: Discussions aux Chambres fédérales

Lors des délibérations au Parlement, on apporta à ce compromis quelques précisions et une modification. Cette dernière concernait la clause d'équité. On préféra remplacer les termes de « si l'équité l'exige »

[7] Message du Conseil fédéral, p. 706.

par les mots « à moins que ce ne soit inéquitable », ce qui transférait le fardeau de la preuve de l'agent au mandant.

Devant les Chambres fédérales, le caractère de privilège exceptionnel de l'art. 418 u CO fut souligné, notamment par le conseiller fédéral von Steiger [8], qui déclara au Conseil des Etats que les conditions d'octroi d'une indemnité pour la clientèle étaient extrêmement restrictives. Au Conseil national, il fut précisé que l'indemnité ne pouvait être due que si « l'employeur profite encore après le départ de l'agent d'avantages appréciables » [9]. Le rapporteur de langue française Péclard déclara: « Il s'agit du cas où l'agent a augmenté la clientèle du mandant de façon durable, de telle sorte que les clients aient pris l'habitude de conclure des affaires avec le mandant sans que ce soit en considération particulière de la personne de l'agent. »

§ 4: Remarque

Nous ne voudrions pas clore ce chapitre sans relever que les discussions qui eurent lieu lors de l'élaboration de la loi à propos de l'indemnité de clientèle de l'agent d'assurances auraient aujourd'hui un contenu assez différent. En effet, les structures de la production dans le domaine des assurances ont été complètement modifiées par le développement considérable des diverses formes d'assurances collectives. Ainsi, si le volume total des primes encaissées par les compagnies suisses d'assurances sur la vie atteignait en 1950 376 222 000.— francs en assurances individuelles de capitaux et de rentes et 80 372 000.— francs en assurances collectives, il se montait en 1972 respectivement à Fr. 1 367 755 000.— et à Fr. 1 149 604 000.—[10].

Or, c'est précisément dans les branches collectives où, comme nous le verrons [11], les conditions de l'octroi d'une indemnité de clientèle à l'agent d'assurances sont réalisées.

Aujourd'hui, on ne porterait certainement plus le même jugement sur la clientèle acquise dans les branches individuelles et dans les branches collectives.

[8] *Bulletin sténographique du Conseil des Etats*, 1948, p. 66.

[9] Robert, *Bulletin sténographique du Conseil national*, 1948, p. 10.

[10] Quatre-vingt septième rapport du Bureau fédéral des assurances: « Les entreprises d'assurances privées en Suisse – 1972 », publié conformément à la décision du Conseil fédéral du 8 mai 1974, p. 20.

[11] Deuxième partie, chapitre V, paragraphe 7, section 3.

Chapitre II

NATURE JURIDIQUE DE L'INDEMNITÉ DE CLIENTÈLE

§ 1: Le droit de l'agent a une indemnité de clientèle

Le droit à une indemnité de clientèle se fonde sur la constatation que l'agent crée, pendant la durée du contrat d'agence, au prix d'efforts et de dépenses personnelles souvent considérables, une clientèle qui représente une valeur économique (goodwill) importante et durable pour le mandant, si l'on songe au renouvellement quasi automatique des commandes de nombreux clients des années durant.

Si pendant la durée du contrat d'agence l'agent encaisse normalement les provisions résultant des commandes supplémentaires (art. 418 g al. 1 *in fine* CO), comment le faire bénéficier, après la dissolution du contrat, des provisions sur ces commandes qui résultent de son activité passée au service du mandant?

Deux solutions sont concevables. La première consisterait à continuer de créditer l'agent, après la résiliation du contrat, de provisions sur les commandes supplémentaires. Elle est cependant pratiquement irréalisable. Elle compliquerait la comptabilité des entreprises et exigerait du mandant qu'il vérifie, à chaque nouvelle affaire, qui, de l'ancien agent ou de son successeur, a droit à la provision. Elle présente également le désavantage de priver l'agent de toute possibilité de contrôle [1]. En outre, la provision comprend souvent une part destinée à rémunérer l'agent pour l'activité qu'il exerce dans le cadre du service après-vente. Dès lors, il serait inéquitable que le mandant soit tenu de verser à l'agent une telle provision après son départ.

La deuxième solution consiste à obliger le mandant à verser une indemnité unique censée représenter la valeur des provisions découlant des commandes supplémentaires. Le message précise, à ce propos, que

[1] Message du Conseil fédéral, p. 705. Bideau, p. 150. Leiss, p. 233. Berger, p. 98. Wehrli, p. 91.

cette indemnité équivaut au rachat de l'espèce de rente que l'agent s'est acquise pendant la durée du contrat [2]. Cette solution présente le double avantage de mettre un terme définitif aux relations contractuelles des parties et de protéger l'agent contre une résiliation prématurée et injustifiée, destinée à le priver des fruits de son activité [3].

C'est cette deuxième solution que le législateur a retenue en introduisant l'art. 418 u CO et en précisant à l'art. 418 t al. 1 CO que les commandes supplémentaires, passées après la fin du contrat d'agence, ne donnent droit à aucune provision.

§ 2: Une institution juridique nouvelle

A l'époque où la loi sur le contrat d'agence fut élaborée, l'indemnité de clientèle était une institution juridique nouvelle, en ce sens qu'à sa dissolution, à l'exception des cas de résiliation prématurée et injustifiée, aucun rapport de droit durable ne donnait lieu à une indemnité ou à une compensation des profits futurs retirés par l'une des parties et résultant de l'activité exercée par l'autre, pendant la durée du contrat.

En outre, les dispositions relatives au contrat de travail ne prévoyaient pas d'indemnité comparable à celle qu'a introduite récemment l'art. 339 b CO.

Ainsi, seul l'agent bénéficiait de ce que la jurisprudence a appelé un privilège dont aucun mandataire ou salarié ne jouissait [4].

On comprend, dès lors, que cette disposition fut très combattue, notamment par ceux qui redoutaient d'avoir à appliquer ce principe à tous les contrats susceptibles de procurer, après leur dissolution, un avantage retiré de l'activité antérieure du partenaire (personnel affecté à la recherche scientifique, mandataire, directeur, ingénieur, médecin, avocat, etc.) [5].

Certains contestaient à l'agent un tel droit, alléguant qu'il violait le principe de l'égalité de traitement par rapport aux autres intermédiaires, employés ou indépendants, en particulier le voyageur de commerce [6],

[2] Message du Conseil fédéral, p. 705.

[3] Leiss, p. 229. Berger, p. 98. Bideau, p. 150. Schärer, p. 94. Dürr, p. 219.

[4] RO 84 II 164 – JT 1959 I 191 (résumé).

[5] Stüssi, Bulletin sténographiq e du Conseil des Etats, 1948, p. 248. Gautschi, N° 1 a, ad art. 418 u CO.

[6] Berger, p. 98. Speiser, Bulletin sténographique du Conseil des Etats 1948, p. 63. Stüssi, Bulletin sténographique du Conseil des Etats 1948, pp. 65 et 249.

auxquels le législateur n'avait pas accordé d'indemnité comparable. Ces critiques omettaient le fait qu'à la différence de l'agent, le voyageur de commerce n'a pas à supporter le risque commercial de son activité, qu'il a droit au remboursement des frais qu'il a consacrés à la constitution de la clientèle, qu'il perçoit un salaire fixe et qu'il est mieux protégé sur le plan social.

D'autres firent valoir que l'octroi d'une indemnité équivalait en fait à nier la qualité d'entrepreneur de l'agent. C'était méconnaître la nature particulière de l'indemnité prévue par l'art. 418 u CO, qui n'a rien de comparable avec celle que le législateur accordera plus tard au travailleur.

D'autres encore ont prétendu que l'indemnité pour la clientèle amènerait immanquablement le mandant à augmenter ses prix, puisqu'il devait supporter à la fois l'indemnité de l'ancien agent et la provision de son successeur [7]. L'expérience semble démontrer que cette opinion était vaine.

Toutefois, ces objections ne furent pas sans conséquences, notamment lors des délibérations aux Chambres fédérales, où l'on releva que l'indemnité violait le principe fondamental de l'art 19 CO, selon lequel les contractants ont la liberté de fixer leurs prestations et contre-prestations comme bon leur semble même si, du point de vue objectif, leurs prestations ne sont pas équivalentes quand bien même, après la fin du contrat, l'une des parties tire encore profit des prestations contractuelles de l'autre.

Nombreux furent ceux qui insistèrent sur le caractère nouveau et exceptionnel de cette disposition. Stüssi [8] remarquait que l'octroi d'une indemnité ne devait pas devenir la règle, qu'elle ne pourrait être accordée que lorsque les profits du mandant apparaîtraient choquants. De même, Condrau [9] craignait de voir les prétentions exagérées se multiplier. Enfin, le conseiller fédéral von Steiger [10] lui-même souligna que l'indemnité était limitée et assortie de nombreuses conditions, dès lors qu'elle devait être refusée si l'équité l'exigeait ou si le contrat était résilié pour un motif imputable à l'agent.

[7] Le mandant peut y remédier en prévoyant un taux de commission inférieur pour les commandes supplémentaires reçues par le nouvel agent. Il peut aussi mettre tout ou partie de l'indemnité à la charge du successeur.

[8] Bulletin sténographique du Conseil des Etats 1948, p. 249.

[9] Bulletin sténographique du Conseil national 1948, p. 770.

[10] Bulletin sténographique du Conseil des Etats 1948, p. 66.

§ 3: Une prestation sociale

La nature juridique de cette institution nouvelle a fait l'objet de débats controversés. On a prétendu qu'il ne s'agissait pas d'une prestation de nature proprement contractuelle, mais en fait d'une prestation sociale destinée à protéger l'agent, la partie réputée économiquement la plus faible, contre une résiliation prématurée, et à lui assurer une aide durant la période pendant laquelle il devait se reconstituer une nouvelle clientèle.

Il est vrai que des motifs de politique sociale ont joué lors de l'introduction de cette disposition [11]. La perspective de voir l'agent, à la dissolution du contrat, perdre tous ses droits sur la clientèle qu'il avait personnellement acquise et le mandant s'enrichir à ses frais, heurte notre conception du droit et de l'équité.

Cependant, l'indemnité de clientèle se différencie nettement d'une prestation sociale, notamment au regard des conditions auxquelles elle est soumise (augmentation sensible du nombre des clients due à l'activité de l'agent et profit effectif tiré par le mandant de ses relations d'affaires avec ses clients même après la fin du contrat). En effet, une prestation sociale ne saurait dépendre de telles conditions, en particulier d'un résultat futur. En outre, aux termes de la loi, rien n'empêche une personne morale, agissant en qualité d'agent, de réclamer une indemnité si les conditions légales sont remplies. Dans ce cas, on ne saurait affirmer que l'indemnité constitue une prestation sociale.

Remarquons tout de même que l'art. 418 u CO a eu des conséquences heureuses sur le plan social, en ce sens que de nombreuses entreprises, en particulier dans le domaine des assurances, ont créé des institutions de prévoyance en faveur de leurs agents dont les prestations sont imputées, en vertu de la clause d'équité (art. 418 u al. 1 CO), sur une éventuelle indemnité de clientèle.

[11] Bulletin sténographique du Conseil des Etats 1948, p. 249. Von Steiger: protocole des délibérations de la Commission du Conseil des Etats, 1re session du 5 avril 1948, p. 26, « wo soziale Verhältnisse nicht hineinspielen, wäre eine Entschädigung nicht am Platze ». Berger, p. 99. Hangartner, p. 39. Wehrli, pp. 92-93. Bideau, p. 151.

§ 4: Une contre-prestation

Nous définissons l'indemnité de clientèle comme une prestation de nature contractuelle, reposant sur un contrat synallagmatique [12].

Remarquons que le terme d'indemnité figurant à l'art. 418 u CO est impropre. Comme le précise la jurisprudence [13]: « Il ne s'agit pas d'indemniser l'agent, c'est-à-dire de réparer un dommage subi par lui, mais de lui fournir une contre-prestation pour le profit que le mandant réalise, même après la fin du contrat d'agence, du fait que le nombre de ses clients a augmenté grâce à l'activité de l'agent. » Du reste, l'agent n'a pas à être indemnisé pour la perte de la clientèle, dès lors qu'elle ne lui appartient pas. En outre, aux termes de l'art. 418 u CO, l'agent ne peut prétendre à une indemnité, même si la perte de la clientèle lui cause un dommage, lorsque les conditions légales ne sont pas remplies. Inversement, l'agent peut prétendre à une indemnité, même s'il ne subit aucun dommage — parce qu'il trouve, par exemple, une place équivalente ou meilleure à bref délai — lorsque les conditions légales sont remplies.

On a parfois prétendu que la provision versée par le mandant, pendant la durée du contrat, constituait déjà pour l'agent la contre-prestation de la création d'une clientèle et qu'aucune indemnité supplémentaire ne se justifiait [14]. Cette opinion nous paraît erronée. Elle ne prend pas en considération le fait que l'agent, par son activité, négocie ou conclut des affaires déterminées, mais que, dans le même temps, il crée une clientèle durable qui représente un élément du goodwill de l'entreprise du mandant. Ainsi, l'agent procure au mandant deux sources de profit: d'une part, le bénéfice résultant de la négociation ou de la conclusion d'affaires déterminées et, d'autre part, le bénéfice découlant des commandes supplémentaires que passent des personnes que l'agent a amenées à devenir des clients réguliers du mandant.

La loi, à son art. 418 g al. 1 CO, établit la même distinction, puisqu'elle accorde à l'agent, pendant la durée du contrat, une provision « ordinaire »

[12] Gautschi, note 2 a, ad art. 418 u CO, p. 332: « Die Kundschaftsentschädigung bildet einen Bestandteil der spezifischen *actio contraria* des Agenten wie der Anspruch auf Provisionen (art. 418 c II OR, 418 g I OR), Provisionsersatz (art. 418 n OR), Schadenersatz bei Nichterfüllung der Auftraggeberpflichten (art. 418 m I OR) und Ersatz für besondere Auslagen, die auf Verlangen des Auftraggebers gemacht wurden (art. 418 n OR).

[13] RO 84 II 529 – JT 1959 I 332.

[14] Stüssi, Bulletin sténographique du Conseil des Etats 1948, p. 248.

pour les affaires qu'il a négociées ou conclues et une provision « étendue » pour les commandes supplémentaires. Mais, à la dissolution du contrat, en vertu de l'art. 418 t al. 1 CO, l'agent perd son droit à une provision pour les commandes supplémentaires, alors que le mandant continue à percevoir les fruits du portefeuille créé par l'agent. C'est donc pour corriger cette inégalité dans les prestations réciproques des parties que le législateur a accordé à l'agent une indemnité de clientèle.

Nous pouvons ainsi affirmer que l'indemnité de clientèle constitue une juste contrepartie des profits que le mandant retire, après la fin du contrat, de la clientèle créée par l'agent et que la loi ne permet pas de verser sous forme de provisions pour commandes supplémentaires.

§ 5: L'art. 418 u CO: une disposition impérative

L'art. 418 u CO précise que l'indemnité de clientèle ne peut pas être supprimée par convention. C'est donc une disposition impérative, applicable à tous les agents qui exercent leur activité de façon permanente et à titre principal. Tel n'était pas le cas dans le septième projet du 15 mars 1945, qui prévoyait que l'indemnité pouvait être reconnue par convention aux agents d'assurances [15]. Cette exception disparut lorsque fut introduite, en mars 1948, la clause d'équité [16].

Ainsi, le mandant ne saurait, par convention écrite ou orale, priver l'agent de son droit à l'indemnité, ni lors de la conclusion du contrat, ni pendant sa durée. Nombreux furent ceux qui s'opposèrent à ce que la loi restreigne dans ce domaine la liberté contractuelle des parties. Néanmoins, cette restriction se justifie pleinement, à notre avis, car l'art. 418 u CO serait resté lettre morte s'il n'avait pas été de droit impératif.

Par contre, l'agent peut valablement renoncer [17] à l'indemnité de clientèle, après la fin du contrat, car à ce moment-là il est en général mieux à même d'apprécier la portée de sa renonciation que lors de la conclusion du contrat ou pendant sa durée. En outre, comme le précise le Tribunal fédéral: « Là où la loi considère qu'on ne peut renoncer à

[15] Deuxième partie, chapitre I, paragraphe 2.

[16] Deuxième partie, chapitre I, paragraphe 2.

[17] RO 85 II 118 – JT 1959 I 339. Schläpfer, p. 89. Hangartner, dans RSA (26) 1958, p. 273 ss. Leiss, p. 139.

un droit même après la fin du rapport contractuel d'où il est né, elle le statue expressément » [18]; ce qui n'est pas le cas de la loi sur le contrat d'agence.

Certains auteurs prétendent que rien ne s'oppose à ce que les parties conviennent déjà, dans le contrat d'agence, de la forme et des modalités de paiement de l'indemnité, pour autant qu'elle soit convenable et équitable. Ce type de convention est recommandé par Schläpfer [19] et Leiss [20], qui y voient l'avantage de la clarté et de la simplification. Selon ces auteurs, les parties pourraient prévoir à l'avance, par exemple, que l'indemnité sera calculée en pourcentage de l'augmentation du chiffre d'affaires ou de l'accroissement des clients, ou même fixer une somme forfaitaire.

Contrairement à ces auteurs, nous ne pensons pas que cette solution présente véritablement des avantages. En effet, l'art. 418 u CO est assorti de nombreuses conditions. Il ne nous paraît pas possible de prévoir, au moment de la conclusion d'un contrat qui pourra durer très longtemps, l'influence que ces conditions auront sur le montant final de l'indemnité. Ainsi, à la dissolution du contrat, les parties seront-elles presque toujours contraintes de revoir leur calcul. En outre, de telles conventions présentent, à notre avis, le danger que l'agent renonce ainsi en partie à son droit à l'indemnité.

A ce propos, nous voudrions citer l'exemple d'un contrat d'agent d'assurances que nous avons eu l'occasion d'étudier. Ce contrat prévoyait l'institution d'un compte d'exploitation dans lequel figuraient, à l'actif, les diverses commissions auxquelles l'agent avait droit et, au passif, sa rémunération fixe, celle de son personnel, ainsi que les divers frais de bureau, téléphone, etc. Dans l'optique des parties, le solde, passif au début de l'activité de l'agent, devait être rapidement amorti pour permettre au mandant de rentrer dans ses investissements et à l'agent de participer au solde actif du compte d'exploitation.

Une clause du contrat stipulait que, si l'agent quittait le service du mandant pour poursuivre ailleurs une tâche semblable ou une autre tâche, avant que le solde passif ne soit amorti, le mandant se réservait d'imputer ce solde sur une éventuelle indemnité de clientèle.

[18] RO 85 II 118 – JT 1959 I 339.
[19] P. 106.
[20] P. 139.

Une telle convention doit, à notre avis, être considérée comme une exclusion conventionnelle indirecte de l'indemnité de clientèle, donc illicite. En effet, au moment de la conclusion du contrat, l'agent n'est pas en mesure de déterminer s'il pourra, par son activité, rapidement amortir le solde passif.

Par contre, la clause permettant au mandant d'imputer, sur une éventuelle indemnité de clientèle, la part des prestations financées par le mandant, auxquelles l'agent ou ses héritiers auront droit, dans le cadre d'une institution de prévoyance, nous paraît licite [21]. En effet, l'art. 418 u CO est assorti d'une clause d'équité qui permet de procéder à une telle imputation.

§ 6: Champ d'application de l'art. 418 u CO

L'indemnité de clientèle ne concerne pas tous les agents. L'art. 418 u CO ne s'applique impérativement qu'à ceux qui exercent leur activité, de façon permanente et à titre principal, qu'ils représentent un ou plusieurs mandants. Pour ceux qui exercent leur profession, à titre accessoire [22], le droit à une indemnité de clientèle peut être supprimé par convention écrite, aux termes de l'art. 418 a al. 2 CO.

En outre, l'agent travaillant en Suisse, pour le compte d'un mandant étranger, et l'agent exerçant son activité à l'étranger, pour le compte d'un mandant suisse, peuvent être également privés de leur droit à l'indemnité. En effet, l'art. 418 b al. 2 CO, qui prescrit que le droit suisse est applicable au contrat d'agence si l'activité de l'agent s'exerce dans notre pays, n'a qu'un caractère dispositif [23] et permet de ce fait aux parties de choisir un droit étranger qui sera le plus souvent le droit du domicile du mandant. Ainsi, l'agent travaillant en Suisse, pour le compte d'un mandant étranger, n'aura droit à une indemnité de clientèle que si le droit étranger en prévoit une.

En ce qui concerne les contrats d'agence conclus entre un mandant suisse et un agent exerçant son activité à l'étranger, sauf convention contraire, le droit suisse ne sera pas applicable, en vertu de l'art. 418 b al. 2 CO. En règle générale, le mandant conviendra d'appliquer le droit

[21] Deuxième partie, chapitre IV, paragraphe 6.
[22] Première partie, chapitre II, paragraphe 3.
[23] Première partie, chapitre II, paragraphe 3.

étranger ou le droit suisse à l'exclusion de l'art. 418 u CO [24]; cette dernière hypothèse nous paraissant, toutefois, peu satisfaisante.

§ 7: L'INDEMNITÉ DE CLIENTÈLE ET L'INDEMNITÉ À RAISON DE LONGS RAPPORTS DE TRAVAIL (ART. 339 b CO)

L'introduction, dans le nouveau droit du travail, d'une indemnité à raison de longs rapports de travail est une institution qui a été presque autant contestée que l'indemnité de clientèle. Elle a été prévue pour la première fois dans l'avant-projet de loi sur le travail de 1945 (art. 17-20), puis abandonnée dans l'avant-projet de 1950.

Aux termes de l'art. 339 b CO, elle est versée par l'employeur au travailleur âgé d'au moins cinquante ans, si les rapports de travail prennent fin après vingt ans ou plus. En cas de décès du travailleur, son conjoint ou ses enfants mineurs, ou à défaut toute autre personne en faveur de laquelle il remplissait une obligation d'entretien, y ont droit. Les parties peuvent en fixer le montant par convention écrite; à défaut, le juge a un libre pouvoir d'appréciation. Toutefois, elle ne peut être inférieure au montant du salaire pour deux mois et supérieure au montant du salaire pour huit mois (art. 339 c al. 1 et 2 CO). Elle peut être réduite ou supprimée, si le travailleur a résilié le contrat sans justes motifs ou si l'employeur l'a résilié, avec effet immédiat, pour de justes motifs, ou si le versement d'une telle prestation exposerait ce dernier à la gêne (art. 339 c al. 3 CO).

En outre, selon l'art. 339 d CO, l'employeur n'est pas tenu de la payer, dans la mesure où une institution de prévoyance verse au travailleur des prestations supérieures au montant des contributions qu'il a acquittées, ou lorsqu'il s'engage à payer dans le futur des prestations de prévoyance au travailleur, ou les lui fait assurer par un tiers.

Examinons dans quelle mesure l'indemnité à raison de longs rapports de travail est comparable à l'indemnité de clientèle.

L'indemnité de départ du travailleur a principalement un caractère social, comme le dit le Message du Conseil fédéral: « Il est contraire

[24] Ce qui est possible d'après la doctrine dominante: Condrau, Bulletin sténographique du Conseil national 1948, p. 11. Stüssi, Bulletin sténographique du Conseil des Etats 1948, p. 64. Hug, p. 371. Meister, p. 20. Flückiger, p. 358. Dürr, p. 101. Leiss, p. 143. Fehr et Littmann sont d'une opinion contraire.

au sentiment actuel qu'on a du droit, que des travailleurs déjà âgés ne reçoivent aucune prestation, à titre de prévoyance sociale, au moment où ils quittent le service d'un employeur, après avoir été occupés des dizaines d'années dans son entreprise » [25] et « l'indemnité est uniquement destinée à combler la lacune qui existe là où il n'y a pas d'institution de prévoyance ou lorsque les prestations de telles institutions sont insuffisantes » [26]. Relevons qu'aujourd'hui cette lacune pourrait se trouver rapidement comblée par l'institution d'un deuxième pilier complétant l'AVS.

En ce qui concerne l'indemnité de clientèle, des considérations sociales ont certes joué à l'origine, mais celle-ci, comme nous l'avons vu [27], ne constitue pas par nature et en dernière analyse une prestation sociale.

Remarquons que ces deux types d'indemnité dépendent de facteurs différents:

— L'indemnité de départ est une prestation versée au travailleur, en récompense du travail qu'il a fourni, et dépend de la durée du contrat de travail (vingt ans au moins), alors que seul le résultat du travail fourni par l'agent permet l'octroi de l'indemnité de clientèle, dont l'importance est inversement proportionnelle à la durée du contrat d'agence [28].

Mentionnons enfin les différences suivantes:

— Le travailleur doit être âgé d'au moins cinquante ans; l'âge de l'agent ne joue aucun rôle.

— L'indemnité de départ peut être réduite ou supprimée lorsque le travailleur est responsable de la résiliation du contrat; une telle résiliation entraîne la suppression totale de l'indemnité de l'agent.

— Le cercle des héritiers du travailleur bénéficiaire de l'indemnité est défini de manière différente, notamment en ce qui concerne les enfants.

— Le montant maximum de l'indemnité ne peut être supérieur à huit mois de salaire pour le travailleur; il ne peut dépasser le gain annuel net de l'agent.

[25] FF 1967 II 405.
[26] FF 1967 II 407.
[27] Deuxième partie, chapitre III, paragraphe 3.
[28] Deuxième partie, chapitre IV, paragraphe 3.

Par contre, tant l'art. 339 c al. 3 CO que l'art. 418 u al. 1 CO contiennent une clause d'équité permettant de réduire ou de supprimer le droit à une indemnité.

Pour conclure, nous relèverons que si ces deux indemnités semblent au premier abord présenter des traits communs, elles diffèrent en réalité sensiblement dans leur nature.

§ 8: L'INDEMNITÉ DE CLIENTÈLE ET L'INDEMNITÉ EN CAS DE PROHIBITION DE CONCURRENCE

Ces deux indemnités présentent des points communs. Comme nous l'avons vu [29], l'indemnité de l'art. 418 u CO constitue une contrepartie des profits que le mandant retire, après la fin du contrat, de la clientèle acquise par l'agent. Cette indemnité implique donc que la clientèle soit présumée rester fidèle au mandant après le départ de l'agent.

Pour se protéger de la concurrence éventuelle que pourrait lui faire l'agent, le mandant peut, selon l'art. 418 d al. 2 CO, lui imposer une prohibition de concurrence. Dans ce cas, l'agent a également droit à une indemnité [30].

Ces deux indemnités dépendent toutefois de facteurs différents. D'une part, l'indemnité de clientèle se détermine principalement d'après l'importance des commandes supplémentaires que la clientèle passera, après la fin du contrat d'agence, et son montant varie, notamment, en fonction des provisions que l'agent a reçues pendant la durée de son engagement au service du mandant. Aucun de ces éléments ne joue un rôle dans l'octroi d'une indemnité en cas de prohibition de concurrence, qui dépend principalement de la durée de la clause d'interdiction, de son étendue et du dommage économique en résultant pour l'agent.

D'autre part, le cercle de la clientèle concernée par ces deux indemnités n'est pas semblable. Lorsqu'une prohibition de concurrence a été convenue, l'agent a l'obligation de s'abstenir d'entretenir des relations d'affaires avec l'ensemble de la clientèle du mandant. Par contre, l'indemnité de clientèle suppose que seuls les clients acquis par l'agent n'entretiennent plus de relations d'affaires avec lui.

En l'absence de dispositions légales établissant une corrélation entre les art. 418 u et 418 d al. 2 CO, il nous paraît nécessaire d'examiner si

[29] Deuxième partie, chapitre III, paragraphe 4.

[30] Première partie, chapitre V, paragraphe 1, section 3, lettre c.

l'agent peut cumuler l'indemnité de clientèle et l'indemnité en cas de prohibition de concurrence.

En cas de résiliation du contrat d'agence imputable à l'agent, le cumul n'est pas possible. En effet, l'art. 418 u al. 3 CO prescrit expressément, dans cette hypothèse, que l'indemnité de clientèle n'est pas due. En ce qui concerne l'indemnité en cas de prohibition de concurrence, l'art. 418 d al. 2 CO est muet à ce sujet, mais la jurisprudence [31] précise qu'elle est due.

En cas de résiliation imputable au mandant, le cumul n'est également pas possible. En effet, si l'indemnité de clientèle est due, l'indemnité en cas de prohibition de concurrence tombe dès lors que l'interdiction de concurrence cesse conformément à l'art. 340 c al. 2 CO.

Lorsque la résiliation n'est imputable ni à l'agent, ni au mandant, le cumul est possible. Cependant, pour Gautschi [32] et Leiss [33], un tel cumul serait inéquitable. Gautschi propose d'accorder à l'agent le droit de choisir l'une des deux indemnités. Leiss préconise de n'octroyer une indemnité en cas de prohibition de concurrence que si la clause d'interdiction ne concerne que des clients qui n'ont pas été acquis par l'agent et pour autant qu'une indemnité de clientèle ne soit pas due.

Nous ne pouvons pas partager ces deux opinions. Le cumul ne nous paraît pas fondamentalement inéquitable dès lors que les deux indemnités sont de nature différente. Toutefois, il nous paraît raisonnable de réduire, comme le permet l'art. 418 u al. 1 CO, l'indemnité de clientèle lorsque la clause de prohibition de concurrence concerne principalement des clients acquis par l'agent.

§9: Application par analogie de l'art. 418 u CO au contrat de représentation exclusive [34]

Le Tribunal fédéral a jugé qu'en principe une application par analogie de l'art. 418 u CO à des contrats de représentation exclusive n'était pas possible [35]. Il justifie ce refus par le fait que le représentant exclusif n'a en principe pas l'obligation de transférer la clientèle au mandant à

[31] RO 95 II 143 – JT 1970 I 339.
[32] P. 342.
[33] P. 281.
[34] Première partie, chapitre III, paragraphe 5.
[35] RO 88 II 169 – JT 1963 I 188.

la fin du contrat, ni de lui communiquer, pendant la durée du contrat, toutes les affaires conclues.

Il remarque, en outre, que l'indemnité de clientèle est une innovation controversée, qui crée en faveur de l'agent un privilège dont ne bénéficient pas les autres intermédiaires et qui ne saurait être étendue. Cependant, dans le même arrêt, le Tribunal fédéral laisse indécise la question de savoir si une application analogique de la loi se justifie ou non, dans des cas très spéciaux, et s'il convient, dès lors, de s'inspirer de la jurisprudence allemande qui étend à de tels cas, l'application du paragraphe 89 HGB, correspondant à l'art. 418 u CO. Dans le même sens, la Cour de Justice de Genève a précisé que l'application par analogie de l'art. 418 u CO ne peut être envisagée que dans des cas où il paraîtrait hautement inéquitable d'en faire abstraction [36].

Les circonstances spéciales dans lesquelles la jurisprudence allemande accorde au représentant exclusif une indemnité de clientèle sont les suivantes:

1. Le représentant exclusif doit être véritablement intégré dans l'organisation de vente du mandant.
2. Ses obligations doivent correspondre à celles d'un agent.
3. Il doit avoir l'obligation de transférer la clientèle au mandant à l'expiration du contrat.
4. Il doit avoir besoin d'une protection spéciale.

En droit suisse, la doctrine est partagée [37]. Pour Schönle [38]: « On constate que le législateur a accordé une indemnité à l'agent pour des raisons qui ne valent pas pour les contrats de représentation exclusive. » En effet, on se fonde sur le fait que, si l'agent bénéficie d'une indemnité, c'est parce que sa liberté de décision est dans une certaine mesure limitée, parce qu'il ne peut négocier ou conclure des affaires en son nom et pour son propre compte, parce que son droit à la provision dépend de l'acceptation et de l'exécution des affaires par le mandant, parce que ses chances de bénéfices sont moins élevées que celles d'un commerçant

[36] SJ 92 (1970), p. 33.

[37] Dürr (p. 146) et Leiss (p. 289) refusent d'appliquer l'art. 418 u CO au représentant exclusif, Gautschi hésite: note 1 a et 1 f ad art. 418 u CO contre note 12 b ad art. 418 a CO, Demisch (p. 119) est favorable à l'application de l'art. 418 u CO au représentant exclusif.

[38] P. 153.

libre qui agit en son propre nom et pour son propre compte, enfin parce qu'on voulait protéger « le faible » contre « le fort ». Dans ces conditions, le législateur a tenu pour injuste une situation dans laquelle le mandant pouvait se départir du contrat et bénéficier des commandes ultérieures, provenant des clients recrutés par l'agent, sans lui verser de contrepartie.

Toutes ces raisons ne sont guère justifiées dans le cas du représentant exclusif. En effet, ce dernier se distingue de l'agent par une liberté de décision plus grande, par une indépendance plus marquée à l'égard des instructions du mandant, par des risques commerciaux et des chances de bénéfices plus élevés. Même lorsqu'il est intégré dans l'organisation de vente du mandant et qu'il a l'obligation de lui transférer la clientèle, il conserve, du moins au point de vue économique, les traits caractéristiques d'un commerçant indépendant, alors que l'agent, qui jouit également d'une véritable indépendance, mais moins étendue, a une position qui présente une certaine analogie avec celle du travailleur.

Ainsi, l'application par analogie de l'art. 418 u CO au contrat de représentation exclusive doit, à notre sens, être exclue, en règle ordinaire [39]. Toutefois, dans des cas exceptionnels, où, comme l'a précisé la Cour de Justice de Genève [40], il serait hautement inéquitable d'en faire abstraction, on pourrait, avec circonspection, suivre la jurisprudence allemande.

[39] Schönle (p. 156) préconise d'accorder au représentant exclusif, à l'instar des jurisprudences française et italienne, une indemnité pour inobservation du délai de congé, pour résiliation abusive ou même exceptionnellement pour abus de droit lors d'un refus du concédant de renouveler la concession.

[40] SJ 92 (1970), p. 33.

Chapitre III

LA NOTION DE CLIENTÈLE

§ 1: La clientèle

L'activité économique ne se conçoit pas sans relations d'affaires, consistant en un échange de biens ou de services, entre celui qui l'exerce et des tiers qui constituent la clientèle. Cette activité ne se conçoit pas non plus, dans une économie de marché, sans lutte pour la conquête de la clientèle. Cette lutte résulte de la nature même de la clientèle qui est composée de personnes qui jouissent d'une entière liberté de choix, dont les goûts et les préférences sont plus ou moins passagers. C'est pourquoi la clientèle d'une entreprise ne lui est jamais définitivement acquise. Cependant, des liens plus ou moins forts peuvent se créer entre celui qui exerce une activité économique et sa clientèle. La solidité de ces liens dépend principalement de la nature de l'objet de l'activité économique. En effet, les biens ou les services dont la valeur de consommation est durable n'entraînent pas de véritables relations d'affaires, parce qu'ils n'impliquent pas des commandes répétées. Par contre, les biens ou les services dont la valeur de consommation est brève entraînent des achats répétés et créent des relations d'affaires fréquentes, une connaissance et une confiance réciproques qui sont, à notre avis, les éléments nécessaires d'une véritable clientèle.

A ce sujet, la jurisprudence relative à l'indemnité de clientèle et à la prohibition de concurrence a précisé, par exemple [1], que les acheteurs d'une maison fabriquant des aspirateurs ou des machines à coudre ne peuvent pas être considérés comme des clients, car ces appareils ne sont pas des objets de consommation répétée [2]. Ne sont pas non plus des clients les personnes qui achètent une batterie de cuisine à l'occasion d'une réunion (party-system), car celui qui pratique ce genre de vente

[1] RSJ 15 (1919), p. 117, N° 74. BZR 34 (1935) 225, N° 106.

[2] *Idem*, dans le cas de vente de machines à laver (BJM 1961, p. 262).

ne se préoccupe pas d'entretenir des relations durables avec ses acheteurs, mais cherche au contraire à en acquérir toujours de nouveaux [3].

Le Tribunal fédéral [4] relève également qu'une unique commande ne fait pas encore du consommateur un client. Mais il précise que c'est aller trop loin que de penser que la clientèle d'un commerce suppose des relations « particulièrement étroites et durables »; il suffit d'être au nombre des consommateurs réguliers, soit des personnes qui ont l'habitude de passer des commandes de temps à autre. On pourrait assimiler à cette situation des contrats uniques, mais de longue durée.

La doctrine propose aussi de nombreuses définitions de la clientèle. Nous retiendrons celle de Leiss et Vinassa. Pour Leiss [5], la clientèle d'une entreprise est l'ensemble des personnes qui ont avec elle des rapports commerciaux d'une certaine durée. Pour Vinassa [6], la clientèle est l'ensemble des relations d'affaires d'un commerçant qui le lient aux personnes qui se servent auprès de lui et qui lui procurent des espoirs de contracter des contrats.

Ainsi nous pouvons dire que seule la clientèle qui implique une certaine constance dans les rapports entre commerçants et consommateurs, au contraire de l'achalandage, qui ne suppose aucune continuité dans les relations d'affaires, constitue une clientèle au sens de l'art. 418 u CO.

§ 2: Différents types de clientèle

La doctrine distingue principalement deux types de clientèle. D'une part, la clientèle personnelle, qui se fonde sur le commerçant lui-même, sur la confiance dont il jouit, et, d'autre part, la clientèle réelle, qui se forme autour d'une dénomination, d'une marque. Cette distinction présente un certain intérêt dans le cadre de notre travail, car la clientèle, au sens de l'art. 418 u CO, implique que les relations d'affaires, établies par l'agent, se maintiennent au profit du mandant au-delà de la fin du contrat d'agence.

On peut donc affirmer que dans l'hypothèse où l'agent a constitué une clientèle réelle, les conditions posées par l'art. 418 u CO seront

[3] SJZ (67) 1971, p. 210.
[4] RO 81 II 152 – JT 1956 I 146, RO 91 II 372 – JT 1966 I 322.
[5] P. 230.
[6] P. 4.

presque toujours remplies. Par contre, dans l'hypothèse d'une clientèle personnelle, les chances de voir le mandant en profiter après le départ de l'agent sont plus réduites.

§ 3: Valeur économique de la clientèle

L'espoir qu'a le commerçant de conclure de nouvelles affaires avec les clients qu'il a acquis constitue la valeur économique de la clientèle. Cette valeur représente une partie du patrimoine de tout commerçant et tout le patrimoine de l'agent, son capital. C'est une valeur hypothétique dont l'importance est difficile à apprécier. Elle dépend de nombreux facteurs (conjoncture économique, goût du public, intensité de la concurrence), dont il est impossible de prévoir l'influence. La méthode usuelle pour en déterminer le montant est de se baser sur le revenu brut annuel du commerçant ou sur son revenu annuel net. C'est cette dernière solution qu'a adoptée le législateur à l'art. 418 u CO.

§ 4: Le droit a la clientèle

Si la clientèle représente une valeur pour le commerçant, celui-ci n'a cependant aucun droit sur elle. Il est, en effet, de toute évidence, impossible de concevoir la propriété d'une relation avec une ou plusieurs personnes. Le Tribunal fédéral a précisé, à propos d'un contrat de vente de clientèle, que la clientèle d'un commerçant n'est pas un objet de commerce dont la propriété et la jouissance peuvent se transmettre [7]. Néanmoins, la clientèle qui peut être rangée dans la catégorie des biens immatériels est un bien réalisable dont la valeur, bien que virtuelle, est un des éléments du patrimoine de toute entreprise.

On a prétendu [8], à l'encontre de l'opinion du Tribunal fédéral, avant l'entrée en vigueur de la loi sur le contrat d'agence, notamment dans la doctrine française [9], que l'agent avait un droit absolu à la clientèle et qu'il pouvait la vendre. On a aussi fait valoir que la clientèle appartenait autant à l'agent qu'au mandant [10]. La loi sur le contrat d'agence a sup-

[7] RO 27 II 545 – JT 1902 I 550.
[8] Schweingruber, p. 56.
[9] Gaucher-Piola, p. 26.
[10] Blatter, p. 62. Langmack, p. 44. Meister, p. 25.

primé cette controverse. Aujourd'hui, il n'y a aucun doute que la clientèle fait partie du patrimoine du mandant. En effet, l'agent agit pour le compte et au nom de son mandant et n'a, de ce fait, aucune relation contractuelle avec les clients qu'il a acquis, qui juridiquement ne concluent des affaires qu'avec le mandant. L'agent ne saurait donc prétendre qu'il a un droit à la clientèle à la fin du contrat d'agence. Mais cette situation peut aboutir à des conséquences injustes, car la clientèle est, pour une grande part, le résultat de son travail, de son initiative, de ses qualités personnelles et de la confiance qui lui a été accordée. Cette injustice a été réparée par l'introduction de l'art. 418 u CO. Le législateur a ainsi reconnu en fait à l'agent un droit à la valeur économique de la clientèle, en lui accordant une indemnité qui, comme nous l'avons vu[11], représente une contrepartie des profits que le mandant retire de la clientèle qu'il lui a procurée.

[11] Deuxième partie, chapitre II, paragraphe 4.

Chapitre IV

LES CONDITIONS DU DROIT A L'INDEMNITÉ DE CLIENTÈLE

Comme nous l'avons vu, l'art. 418 u CO apparut comme une innovation, qui suscita de nombreuses oppositions. Cette situation explique que le législateur ait assorti le droit à une indemnité de clientèle de conditions restrictives.

§ 1 : Augmentation sensible de la clientèle

L'art. 418 u CO exige, comme première condition à l'octroi d'une indemnité de clientèle, que l'agent ait, par son activité pendant la durée du contrat d'agence, augmenté sensiblement [1] le nombre des clients du mandant.

Il convient de préciser en premier lieu quand il y a augmentation du nombre des clients.

Il y a augmentation de la clientèle:

— lorsque l'agent, lors de son entrée au service du mandant, apporte une clientèle qui lui est attachée (clientèle personnelle) [2];

— lorsqu'il acquiert pendant la durée de son contrat de nouveaux clients;

— lorsqu'il conclut de nouvelles affaires avec des clients du mandant (acquis par ses prédécesseurs), pour autant qu'il s'agisse d'affaires où son action a été déterminante; sont donc exclues les commandes supplémentaires passées par ces clients sans intervention de l'agent.

Il n'y a, par contre, pas d'augmentation de la clientèle, lorsque l'agent a acquis un certain nombre de clients, mais que dans le même temps un nombre égal ou supérieur de clients du mandant ont cessé

[1] Le texte allemand de l'art. 418 u CO parle d'une « wesentliche Erweiterung » qui traduit mieux la volonté du législateur d'exiger une augmentation importante.

[2] Deuxième partie, chapitre III, paragraphe 2.

toute relation d'affaires avec celui-ci [3]. Il faut préciser à ce sujet que la perte de clients ne peut être prise en considération, dans le calcul de l'augmentation, que si l'agent en supporte la responsabilité [4]. C'est le cas lorsque l'agent consacre toute son activité à acquérir de nouveaux clients et délaisse la clientèle existante du mandant. Ce n'est pas le cas lorsque le mandant est responsable de la diminution de sa clientèle (arrêt de la fabrication d'un produit, livraison de produits de mauvaise qualité) ou lorsque des clients ont cessé d'exister (mort, liquidation de société).

Pour juger de l'augmentation de la clientèle, le critère du nombre de clients n'est pas suffisant. En effet, l'augmentation numérique des clients ne peut à elle seule refléter l'importance des affaires conclues. Si l'on retenait ce critère, l'agent n'aurait aucun intérêt à négocier ou à conclure d'importantes affaires exigeant généralement un plus grand travail. C'est pourquoi il faut également prendre en considération la valeur économique [5] des affaires conclues par les clients acquis par l'agent. Pour la déterminer on se basera sur le chiffre d'affaires réalisé par l'agent.

Pratiquement, c'est le chiffre d'affaires résultant de la comptabilité tenue par l'agent qui sera le meilleur critère permettant de déterminer s'il y a augmentation ou non du nombre des clients [6]. Une précision s'impose toutefois. Du chiffre d'affaires réalisé par l'agent devra être déduite la part d'augmentation résultant de la hausse des prix.

Il nous faut examiner en second lieu dans quelle mesure « l'augmentation du nombre des clients » est sensible. La jurisprudence ne donne que peu de précisions à ce sujet. Le Tribunal fédéral a admis qu'un agent qui, au cours d'une activité de dix-sept mois, avait apporté au mandant trente-cinq nouveaux clients, alors que les anciens étaient au nombre de quatre-vingt-cinq, avait augmenté de manière sensible la clientèle [7].

[3] Dürr (p. 212) et Sontag (ad art. 418 u CO) ne prennent pas en considération la diminution du nombre des clients.

[4] L'art. 418 u CO exigeant que l'augmentation du nombre des clients soit en rapport de causalité avec l'activité de l'agent, il nous paraît juste que ce soit aussi le cas pour une diminution de la clientèle.

[5] Berger, p. 100. Hangartner, pp. 30 et 278. Leiss, p. 127. RO 84 II 529 – JT 1959 I 332.

[6] SJZ 54 (1958), p. 182.

[7] RO 84 II 164 – JT 1959 I 191 (résumé).

A notre sens, il ne faut pas prendre la jurisprudence du Tribunal fédéral à la lettre, car elle n'a pas une grande signification pratique. Elle nous amène à admettre que l'agent augmente presque toujours le nombre des clients du mandant d'une manière sensible. En effet, l'activité de l'agent consiste à recruter sans cesse de nouveaux clients; dès lors, une augmentation du chiffre d'affaires de cent mille francs peut, tout aussi bien, passer pour importante qu'une augmentation de un million de francs.

On pourrait être tenté de comparer l'augmentation totale du chiffre d'affaires réalisé par le mandant à celle de l'agent. Ce critère nous paraît cependant très imparfait.

On pourrait aussi se baser sur l'augmentation réalisée pendant les cinq dernières années du contrat, comme le prescrit l'art. 418 u al. 2 CO, pour déterminer le montant de l'indemnité, et établir une comparaison avec la période quinquennale précédente. Cette solution ne nous paraît pas satisfaisante. Elle est injuste dans l'hypothèse où ces cinq dernières années seraient, en raison de facteurs étrangers à la personne de l'agent (par exemple la récession), les plus mauvaises de toute son activité. En outre, elle défavoriserait l'agent âgé qui se retire des affaires, souvent parce que sa capacité de recruter de nouveaux clients a diminué, et équivaudrait à le priver de la juste rémunération de ses efforts antérieurs.

Si le mandant établit des prévisions relatives au chiffre d'affaires à réaliser par l'agent, ces prévisions nous paraissent pouvoir constituer un critère valable. A notre avis, il y aura donc augmentation sensible de la clientèle dès que l'agent aura atteint ou dépassé les prévisions établies par le mandant. Cependant, ce critère présente le désavantage d'inciter le mandant à établir des prévisions exagérées dans le seul but de priver l'agent de son droit à l'indemnité de clientèle.

La meilleure solution nous paraît être celle qui consiste à prendre pour terme de comparaison l'augmentation annuelle moyenne du chiffre d'affaires réalisé usuellement par un agent travaillant dans le même secteur commercial, dans la même région ou dans une région dont le potentiel économique [8] est semblable et dans les mêmes conditions que le prétendant à l'indemnité.

Cette solution suppose donc que les parties ou le juge auront souvent recours à une expertise.

[8] La puissance économique d'une région peut être déterminée sur la base de l'impôt sur la défense nationale.

Il nous faut examiner en troisième lieu dans quelle mesure l'augmentation sensible du nombre des clients est le résultat de l'activité de l'agent, soit, en d'autres termes, s'il existe un lien de causalité entre l'activité de l'agent et l'augmentation réalisée. On ne devrait donc pratiquement pas tenir compte de l'augmentation qui est due à la hausse des prix ou à l'activité du mandant lui-même (renommée de la marque, publicité financée par le mandant). En accord avec Leiss [9] et Schläpfer [10], et contrairement à la majorité de la doctrine [11], nous pensons que cette question doit déjà être examinée dans le cadre de cette première condition et non dans le cadre de la clause d'équité [12].

Remarquons, enfin, que c'est à l'agent qu'il appartient de prouver l'augmentation de la clientèle [13]. Pratiquement, c'est le mandant qui devra établir que l'augmentation du nombre des clients résulte d'autres facteurs que de l'activité de l'agent.

§ 2: Profit effectif

L'art. 418 u CO exige, comme seconde condition à l'octroi d'une indemnité de clientèle, que le mandant ou son ayant-cause tire, même après la fin du contrat d'agence, un profit effectif [14] de ses relations d'affaires avec les clients acquis par l'agent.

Il convient tout d'abord de mettre en évidence les mots « relations d'affaires ». C'est intentionnellement que le législateur n'a pas parlé simplement de profit tiré « des affaires traitées ». Il estime, en effet, que pour les affaires qui sont en partie ou complètement exécutées après la fin du contrat d'agence (contrats d'assurances [15], contrats avec livraisons successives), l'agent a été entièrement rémunéré par les commissions qu'il a touchées. Ainsi le mandant ne doit pas une nouvelle rémunération pour le bénéfice normal qu'il réalise sur le portefeuille d'affaires en cours.

[9] P. 128.

[10] P. 104.

[11] Berger, p. 103. Hangartner, pp. 31 et 281. Meister, p. 65. Sigg, p. 35. Schärer, p. 97.

[12] Deuxième partie, chapitre IV, paragraphe 3.

[13] Berger, p. 100. Meister, p. 64. Sigg, p. 32. Schläpfer, p. 104. Dürr, p. 213. Leiss, p. 128. SZJ 54 (1958), p. 182.

[14] Le texte allemand de l'art. 418 u CO parle de « erhebliche Vorteile », qui traduit mieux la volonté du législateur d'exiger des profits importants.

[15] Deuxième partie, chapitre V, paragraphe 4.

Les termes employés par la loi indiquent donc clairement que seul le bénéfice, tiré d'affaires futures et éventuelles que le mandant peut espérer conclure avec les clients amenés par l'agent ou avec les parents, amis ou connaissances de ces clients, constitue un profit au sens de l'art. 418 u CO [16]. En d'autres termes, l'indemnité de clientèle n'est pas un complément de rétribution pour les affaires déjà traitées avec la clientèle de l'agent; ce n'est que la participation au profit probable que le mandant tirera d'autres affaires à conclure, après le départ de l'agent, avec cette même clientèle et sans effort particulier [17].

Cette seconde condition de l'art. 418 u CO, sans se confondre avec la première, en découle directement. En effet, elle suppose que le portefeuille d'affaires se renouvelle après la fin du contrat d'agence, c'est-à-dire que les clients restent fidèles au mandant et continuent à couvrir leurs besoins chez lui, en concluant des affaires d'une certaine importance, sans que cela ne nécessite des efforts nouveaux et particuliers du mandant ou du nouvel agent [18]. On qualifie généralement ces affaires de commandes supplémentaires.

Pour déterminer dans quelle mesure le mandant est susceptible de bénéficier d'un profit au sens de l'art. 418 u CO, il faut plus particulièrement examiner les trois points suivants: *a*) l'objet des affaires traitées; *b*) la nature de la clientèle acquise par l'agent; *c*) sous certaines conditions, les modalités de commissionnement du successeur de l'agent.

a) L'objet des affaires traitées par l'agent constitue le meilleur critère pour déterminer si la clientèle procurera au mandant un profit. En effet, plus les biens vendus par l'agent seront rapidement remplaçables, plus le mandant aura l'occasion de conclure de nouvelles affaires et d'en tirer profit. A ce propos, le Tribunal fédéral a précisé, dans un arrêt [19] où il a alloué à un agent de publicité une indemnité de Fr. 6000.—, alors que le gain annuel net de ce dernier avait été de Fr. 35 000.— à Fr. 40 000.—

[16] Bulletin sténographique du Conseil national (1948), p. 10 (Robert): l'indemnité de clientèle n'est due qu'à la condition « que l'employeur ait profité encore après le départ de l'agent d'avantages appréciables ».

Bulletin sténographique du Conseil national (1948), p. 9 (Péclard): « Il s'agit du cas où l'agent a augmenté la clientèle du mandant de façon durable, de telle sorte que les clients aient pris l'habitude de conclure des affaires avec le mandant sans que ce soit en considération particulière de la personne de l'agent. »

[17] Remarquons que bien que l'art. 418 u CO contienne les mots « même après la fin du contrat », il faut comprendre « seulement après la fin du contrat ».

[18] Leiss, p. 129.

[19] RO 84 II 529 – JT 1959 I 332.

par an, pendant les cinq dernières années de son contrat: « qu'on ne renouvelle pas les commandes d'insertions dans une revue comme on commande des marchandises dont on a couramment besoin et dont les prix ne changent pas; l'annonceur doit au contraire réexaminer chaque fois s'il veut à nouveau faire paraître l'annonce et si la revue est toujours celle qui convient » et « que le chiffre d'affaires réalisé avec les annonces n'a pas pour l'éditeur la même importance déterminante que le chiffre d'affaires d'un vendeur de biens de consommation qui peut s'attendre à voir ses nouveaux clients continuer à se réapprovisionner chez lui ». La jurisprudence de plusieurs juridictions cantonales a dégagé les mêmes principes et a déclaré que le mandant ne saurait tirer un profit de ses relations d'affaires avec des clients qui ont acheté des appareils ménagers ou des machines d'une durée d'existence de vingt à quarante ans [20].

Toutefois, il faut réserver le cas où le mandant retire un profit de la vente de pièces détachées ou le cas de clients importants (grandes entreprises) susceptibles de renouveler périodiquement une partie de leur matériel de longue durée.

b) La possibilité de retirer un profit des clients acquis par l'agent suppose nécessairement que ces derniers restent fidèles au mandant, donc qu'il s'agisse d'une clientèle réelle. Il n'y a, par conséquent, pas de profit pour le mandant lorsque ces clients ont conclu des affaires essentiellement en raison de la personne de l'agent (clientèle personnelle), car il y a de fortes chances pour qu'ils le suivent après son départ, et lorsque les relations d'affaires établies par l'agent ne sont pas de nature à être durables (par exemple: système de vente lors de réunion de consommateurs) [21].

c) Comme le recommandent Sontag [22] et Sigg [23], on devra également rechercher si le mandant verse au successeur de l'agent une commission sur les commandes supplémentaires passées par les clients acquis par son prédécesseur [24]. Nous pensons, toutefois, qu'il serait équitable de ne réduire le montant de l'indemnité de clientèle que lorsqu'un tel commissionnement est usuel dans le secteur commercial où l'agent exerce son activité, sinon l'agent serait livré à l'arbitraire du mandant.

La loi exige encore que le profit du mandant soit effectif, c'est-à-dire que la probabilité de commandes supplémentaires soit en rapport avec

[20] SJZ 54 (1958), p. 182, et SJZ 53 (1957), p. 282.
[21] SJZ 67 (1971), p. 120.
[22] Ad art. 418 u CO.
[23] P. 36.
[24] Leiss (p. 129) est d'un avis contraire.

l'augmentation du nombre de clients acquis par l'agent. Cette exigence est très difficile à apprécier concrètement. Contrairement à beaucoup d'auteurs [25], nous ne pensons pas que l'augmentation du chiffre d'affaires réalisé par l'agent soit à elle seule un facteur déterminant. En effet, elle ne permet pas de déduire que la clientèle restera fidèle au mandant ou s'approvisionnera périodiquement chez lui. Par contre, l'importance du chiffre d'affaires des commandes supplémentaires passées, pendant la durée du contrat d'agence, par la clientèle acquise par l'agent et pour lesquelles il a obtenu une commission (art. 418 g al. 1 *in fine* CO), nous paraît un meilleur critère. Ainsi, lorsque le volume annuel des commandes supplémentaires augmente dans la même proportion que le chiffre d'affaires total réalisé par l'agent, il y a, à notre avis, profit effectif.

On peut bien sûr nous objecter que ce critère ne nous permet pas d'affirmer avec certitude que la clientèle restera fidèle au mandant après le départ de l'agent. Cependant, on peut admettre, nous semble-t-il, qu'il y a de fortes chances que les clients qui ont passé des années durant des commandes supplémentaires continueront à le faire, même si à l'origine ils avaient conclu des affaires principalement en raison de la personne de l'agent.

Notons qu'il est très difficile de chiffrer les profits que le mandant retirera, après la fin du contrat, de la clientèle acquise par l'agent. C'est surtout une question d'appréciation que le juge résoudra en considération de tous les éléments propres à l'espèce, notamment la situation économique du moment et son évolution.

Remarquons enfin que, comme pour l'augmentation du nombre des clients, il appartient à l'agent de prouver que le mandant va retirer un profit effectif de la clientèle qu'il lui a procurée.

§ 3: La clause d'équité

Lorsque l'agent a prouvé qu'il a satisfait aux deux premières conditions prescrites par l'art. 418 u CO, il est présumé [26] avoir droit à l'indemnité de clientèle. Toutefois, la loi (art. 418 u al. 1 *in fine* CO) accorde au mandant la faculté d'établir que l'octroi d'une indemnité serait inéquitable.

[25] Berger, p. 101. Meister, p. 64. Schärer, p. 96. Sontag, ad art. 418 u CO. Schläpfer, p. 105. Dürr, p. 213. SJZ 59 (1958), p. 182.

[26] Bulletin sténographique du Conseil des Etats 1948: Stüssi, p. 249. Berger, p. 103. Hug, p. 365. Meister, p. 65. Schläpfer, p. 105. Schärer, p. 97. Leiss, p. 133.

La loi ne donne aucune indication sur la nature des motifs qui justifieraient la qualification inéquitable de l'indemnité. Pour les déterminer, il faut rappeler que l'indemnité de clientèle est une contre-prestation [27], ou, comme le dit le Tribunal fédéral [28] « une compensation supplémentaire pour les prestations de l'agent telles qu'elles ont trouvé leur expression dans l'augmentation du nombre des clients » et, ajoutons-nous, dans le profit effectif retiré par le mandant. Il résulte de cette définition que l'indemnité ne se justifie pas si l'agent a déjà reçu, sous quelque forme que ce soit, une compensation pour ses prestations: en outre, il serait inéquitable de l'exiger [29].

On peut donc affirmer que le mandant est en droit de réduire l'indemnité dans la mesure ou l'agent a déjà bénéficié de compensations. Pratiquement, cela signifie que le mandant ne peut imputer, sur le montant de l'indemnité de clientèle qu'il doit, que les prestations qu'il a versées à l'agent, pendant la durée du contrat d'agence, que l'on peut raisonnablement considérer comme des avances, et les avantages qu'il lui a accordés sans y être obligé de par la loi.

Les circonstances suivantes justifient une réduction de l'indemnité:

a) L'agent a bénéficié, pendant la durée du contrat d'agence, de provisions supérieures à celles versées usuellement dans le même secteur commercial ou a reçu des prestations spéciales telles que primes de promotion [30]; l'agent touche, après la fin du contrat, des commissions sur les commandes supplémentaires.

b) Le mandant a contribué, dans une large mesure, aux dépenses résultant de l'activité de l'agent, par le versement, par exemple, d'un fixe ou d'une indemnité forfaitaire en remboursement de ses frais généraux (de transport en particulier). On doit, à notre avis, également prendre en considération les dépenses consenties par le mandant pour la formation de l'agent. Nous pensons ici, plus particulièrement, au secteur des assurances, où il est courant que les compagnies rétribuent normalement leurs représentants pendant leur stage de formation.

c) Le mandant a affilié l'agent à un fonds de prévoyance ou a conclu en sa faveur une assurance. Précisons que seules les prestations financées

[27] Deuxième partie, chapitre II, paragraphe 4.

[28] RO 84 II 529 – JT 1959 I 332.

[29] Bideau, p. 151.

[30] RO 84 II 529 – JT 1959 I 332, SJZ 54 (1958), p. 155. Berger, p. 103. Hangartner, p. 31. Schläpfer, p. 105. Meister, p. 65. Wehrli, p. 96. Leiss, p. 135.

par le mandant, auxquelles l'agent ou ses héritiers auront droit, peuvent être prises en considération dans le cadre de la clause d'équité [31].

A ce propos, il est intéressant de noter que dès le début des travaux législatifs, relatifs au contrat d'agence, on a soutenu que l'indemnité de clientèle était aussi destinée à pallier l'absence de caisse de pension [32]. Cette opinion fut reprise par la suite devant les Chambres fédérales [33] et dans la littérature [34].

Les contrats d'agence, en matière d'assurance, que nous avons consultés révèlent qu'il est devenu usuel, aujourd'hui, de remplacer le versement d'une indemnité de clientèle par l'institution d'un fonds de prévoyance. Certains contrats le prévoient même expressément [35].

Peuvent également constituer un motif de réduction de l'indemnité de clientèle (spécialement dans le cas de l'agent d'assurances) la prise en charge totale ou partielle par le mandant des frais d'assurances maladie et accidents de l'agent et des membres de sa famille.

d) La durée du contrat d'agence nous paraît être aussi un élément digne d'appréciation dans le cadre de la clause d'équité. En effet, plus le contrat d'agence a duré longtemps, plus grande est la compensation que l'agent a reçue (sous forme de commissions pour commandes supplémentaires) pour ses prestations [36]. A ce sujet, le Tribunal fédéral [37] s'est exprimé de la façon suivante: « Pour le montant de la rémunération,

[31] Deuxième partie, chapitre IV, paragraphe 6.

[32] Protocole de la Commission d'experts des 15/16 novembre 1944 et du 23 janvier 1948: le conseiller fédéral von Steiger s'est exprimé ainsi: « Verschiedene Gesellschaften haben für ihre Agenten schon eine Altersversicherung eingeführt. Sie finden es nicht richtig, daneben noch eine Abgangsentschädigung bezahlen zu müssen. Der Richter kann aber im Streitfall die Abgangsentschädigung entsprechend abmessen. Wir sollten den guten Willen der Versicherungsgesellschaften nicht lähmen, indem wir das Schwergewicht auf eine Abgangsentschädigung legen, wenn sie für eine Versicherung sorgen wollen. »

[33] Bulletin sténographique du Conseil national 1948: Condrau, p. 770.

[34] Wehrli, pp. 93 et 96. Berger, p. 103. Hangartner, p. 31. Leiss, p. 134.

[35] On ne saurait déduire de cette situation que l'indemnité de clientèle est une prestation sociale, donc extracontractuelle. Comme nous l'avons vu, elle est une prestation contractuelle à laquelle l'évolution des rapports de travail a donné un but social.

[36] Message du Conseil fédéral, p. 705. Bideau, p. 150. Avis de droit donné à la Suisse Assurances par M. le juge fédéral W. Stauffer le 21 octobre 1961. Berger, p. 98, où il remarque que l'indemnité de clientèle est aussi destinée à protéger l'agent des conséquences d'une résilitation prématurée et injustifiée. Wehrli, p. 92. Sont d'un avis contraire, Meister, p. 62, et Leiss, p. 136.

[37] RO 84 II 529 – JT 1959 I 332.

la durée du contrat d'agence peut aussi être un élément déterminant. La prétention fondée sur l'art. 418 u CO procède de l'idée que l'agent, qui doit faire au début de son activité des travaux préparatoires et des frais importants et n'a pu que pendant peu de temps récolter les fruits de ses dépenses et de ses efforts, doit recevoir une compensation supplémentaire lorsqu'elle est justifiée par l'avantage que le mandant tire de l'augmentation du nombre de ses clients. S'il a déjà joui pendant longtemps des avantages découlant du contrat et par conséquent de la clientèle créée ou augmentée par lui, le paiement par le mandant d'une somme supplémentaire ne s'impose pas de la même façon et le montant de la récompense doit être par conséquent fixé plus bas. »

D'autres circonstances sont encore propres à justifier une réduction de l'indemnité: le contrat est résilié à un moment favorable pour l'agent, à savoir peu après l'arrivée des principales commandes saisonnières [38]; le mandant renonce à se prévaloir de l'al. 3 de l'art. 418 u CO, aux termes duquel aucune indemnité n'est due lorsque le contrat a été résilié pour un motif imputable à l'agent [39].

A contrario, le fait que l'agent ait reçu des commissions plus basses que celles qui sont usuelles, que son droit à des commissions sur les commandes supplémentaires lui ait été conventionnellement supprimé (art. 418 g al. 1 *in fine* CO), qu'il ait dû consentir des dépenses inhabituelles pour exercer son activité, plaide en faveur d'une indemnité plus élevée.

Par contre, une réduction de l'indemnité ne se justifie pas si l'agent, normalement rétribué, a, grâce à son zèle, obtenu un revenu élevé. Au contraire, c'est l'indice que le mandant bénéficiera de profits considérables qui justifient une indemnité plus élevée. De même, l'indemnité n'a pas à être réduite lorsque l'agent démissionnaire est âgé ou malade et qu'il est probable qu'il n'aurait plus travaillé longtemps [40], ou lorsqu'il trouve rapidement une place équivalente.

Le fait que l'agent est une personne physique ou morale [41], qu'il exerce son activité à titre principal ou accessoire, qu'il soit au service de un ou plusieurs mandants [42], qu'il ait des employés [43], que ses héritiers

[38] RO 84 II 529, spécialement p. 541 *in fine*.
[39] SJZ 54 (1958), p. 155.
[40] Berger, p. 105; Sontag, ad art. 418 u CO, est d'un avis contraire.
[41] Leiss, p. 134; Wehrli, p. 98, est d'un avis contraire.
[42] Leiss, p. 134; Wehrli, p. 96, est d'un avis contraire.
[43] SJZ 54 (1958), p. 155.

soient des parents proches ou éloignés, ne joue aucun rôle dans le cadre de la clause d'équité.

En effet, si l'on tenait compte de considérations relatives à la personne de l'agent, on nierait alors le caractère de prestation contractuelle de l'indemnité de clientèle [44].

Enfin, le fait que l'activité de l'agent ait été favorisée par la conjoncture ou par le mandant lui-même n'a pas à être examiné dans le cadre de la clause d'équité, mais dans le cadre de la première condition prescrite par l'art. 418 u CO [45].

§ 4: Motifs de résiliation imputables à l'agent

Lorsque l'agent a satisfait aux deux premières conditions prescrites par l'art. 418 u al. 1 CO et que le mandant n'a pu établir que l'indemnité est inéquitable, celle-ci lui est due à moins que le contrat d'agence n'ait été résilié pour un motif qui lui est imputable. En effet, l'art. 418 u al. 3 CO précise qu'aucune indemnité n'est due, lorsque le contrat a été résilié pour un motif imputable à l'agent.

Comme le dit Bideau [46]: « A première lecture, on pourrait être tenté de donner à cet alinéa le sens très restrictif qu'aucune indemnité n'est due lorsque le contrat a été dénoncé par le mandant pour une faute imputable à l'agent. D'ailleurs, Larousse dit au mot « imputer »: « attribuer à quelqu'un une chose blâmable » et Littré: « attribuer à, avec l'idée d'éloge ou de blâme ». Mais le texte allemand [47] nous permet d'affirmer que cette disposition doit être comprise en ce sens qu'aucune indemnité n'est due lorsque le contrat a été résilié, que ce soit par le mandant ou par l'agent, pour un motif dont l'agent porte la responsabilité. En effet, l'expression « zu vertreten » que l'on pourrait rapprocher de « zu verantworten », ne peut pas être confondue avec « zu verschulden » qui pourrait rendre le sens de « imputable » du texte français [48].

[44] Berger, p. 103.
Sigg, p. 35, et Wehrli, p. 96, sont d'un avis contraire.

[45] Deuxième partie, chapitre IV, paragraphe 1.

[46] P. 155.

[47] « Kein Anspruch besteht, wenn das Agenturverhältniss aus einem Grund aufgelöst worden ist, den der Agent zu vertreten hat. »

[48] Bideau, p. 155.

Aucun arrêt[49] n'ayant été rendu, à notre connaissance, sur cette question, on peut tenir pour vraisemblable et souhaiter qu'un juge appelé à la trancher s'inspirerait des règles établies en matière de prohibition de concurrence (art. 340 c al. 2 CO, anc. 360 al. 2 CO), car les deux situations sont très proches. C'est aussi ce qui résulte des travaux préparatoires de la loi sur le contrat d'agence[50]. La jurisprudence, relative à l'art. 340 c al. 2 CO, a précisé qu'il suffit pour qu'il y ait un « motif justifié » au sens de l'art. 340 c al. 2 CO que d'une façon tout à fait générale il existe un fait suffisamment important pour justifier la résiliation du contrat en se plaçant au point de vue de l'intérêt commercial raisonnablement compris[51].

Cette solution nous paraît parfaitement adaptée à l'art. 418 u al. 3 CO. En effet, une conception trop étroite du motif de résiliation ne doit pas contraindre le mandant qui voudrait résilier, soit à payer une indemnité, soit à maintenir le contrat. Et, lorsque le comportement du mandant pousse l'agent à changer de place, celui-ci ne doit pas être obligé de garder un emploi devenu intolérable, par le seul fait qu'il perdrait l'indemnité. Cette interprétation profite aux deux parties, car elle limite les cas où le contrat d'agence ne subsiste que parce que l'un des contractants est intéressé au versement ou à la suppression de l'indemnité de clientèle, toute bonne entente ayant disparu entre eux du fait de la conduite de l'un ou de l'autre.

Envisageons les hypothèses suivantes:

a) Le contrat d'agence a été conclu pour une durée indéterminée:

Si le mandant résilie le contrat parce que l'agent a violé ses obligations contractuelles ou légales (délit contre le patrimoine ou l'honneur du mandant, production ou activité insuffisante, activité pour la concurrence, fausses notes de frais, faillite, divulgation de secret d'affaires)[52], l'indemnité n'est pas due. C'est également le cas, à notre avis, lorsque le mandant est contraint contre sa volonté de résilier le contrat (incendie

[49] L'arrêt RO 95 II 143 – JT 1970 I 339, relatif à l'indemnité due en vertu de l'art. 418 d al. 2 CO, précise que dans le cas de l'indemnité de clientèle « le droit de l'agent existe seulement si la résiliation résulte du congé donné par le mandant ou si elle est imputable à ce dernier ». On ne saurait en déduire que le Tribunal fédéral applique par analogie les règles valables en matière de prohibition de concurrence.

[50] Bideau, pp. 156 et 157.

[51] Première partie, chapitre IV, section 3, lettre B.

[52] Meister, p. 66. Hangartner, dans RSA 26 (1958), p. 274. Wehrli, p. 96. Leiss, p. 126.

de l'entreprise, conjoncture économique). Du reste, dans cette hypothèse, l'agent perdrait de toute manière son droit à l'indemnité, car il ne pourrait établir que le mandant tire un profit effectif de la clientèle.

Par contre, si le motif de résiliation réside dans la personne de l'agent, mais est indépendant de sa volonté (décès [53], âge, maladie ou accident, service militaire obligatoire [54]), l'indemnité est due.

Si l'agent résilie le contrat parce que le mandant a violé ses obligations contractuelles ou légales (la qualité des marchandises est défectueuse, les délais de livraison ne sont pas respectés, les commissions ne sont pas versées régulièrement, le taux des commissions est réduit ou le rayon d'activité est modifié [55]), l'indemnité est due. C'est également le cas, lorsque l'agent quitte le mandant parce qu'il trouve ailleurs de meilleures possibilités de gain. Nous pensons qu'il faut admettre qu'un tel motif constitue un « motif justifié », car la solution contraire restreindrait trop la liberté de l'agent [56]. En outre, elle irait à contre-courant des idées actuelles qui tendent, dans un domaine voisin, à faire bénéficier le travailleur d'un droit de libre passage.

b) Le contrat d'agence a été conclu pour une durée déterminée:

L'indemnité est due à l'agent à l'expiration du temps prévu, à moins que l'agent ne refuse de renouveler le contrat sans motif justifié ou que le mandant ne s'oppose à son renouvellement en faisant valoir un tel motif à l'encontre de l'agent [57].

Précisons enfin que chaque partie doit prouver les motifs de résiliation qu'elle invoque.

§ 5: Montant de l'indemnité

La loi fixe deux limites au montant de l'indemnité de clientèle: la première, en exigeant à l'art. 418 u al. 1 CO que l'indemnité soit convenable, la seconde, en précisant à l'art. 418 u al. 2 CO que l'indemnité ne peut pas dépasser le gain annuel net résultant du contrat et calculé

[53] Le suicide de l'agent ne devrait en général pas priver ses héritiers de l'indemnité.

[54] Berger, p. 104. Hangartner, dans RSA 26 (1958), p. 257. Wehrli, p. 97. Dürr, p. 221. Leiss, p. 126. Hug, p. 365, est d'un avis contraire.

[55] A moins que le contrat ne le prévoie expressément, ce qui est généralement le cas des contrats conclus par les compagnies d'assurances.

[56] Dürr, p. 221, mais Meister, p. 66, Leiss, p. 126, Berger, p. 103, Schärer, p. 97, Hangartner, dans RSA 26 (1958), p. 274, Sigg, p. 35, Wehrli, p. 97, et Schläpfer, p. 106, sont d'un avis contraire.

[57] Leiss, p. 126.

d'après la moyenne des cinq dernières années ou d'après celle de la durée entière du contrat, si celui-ci a duré moins longtemps.

Examinons en premier lieu quand on peut admettre que l'indemnité est convenable.

C'est le cas lorsqu'elle représente une compensation équitable du profit que le mandant retirera, après la fin du contrat d'agence, de la clientèle acquise par l'agent [58]; lorsqu'elle est dans un rapport raisonnable avec la valeur économique de cette clientèle. Concrètement, cela signifie que le montant de l'indemnité se détermine en tenant compte des conditions prescrites par l'art. 418 u CO et en examinant dans quelle mesure elles sont remplies. Ainsi, l'indemnité ne doit pas nécessairement atteindre la valeur que représente pour le mandant la clientèle acquise par l'agent [59].

La loi impose cependant une seconde limitation au montant de l'indemnité; il ne suffit pas qu'elle apparaisse convenable; elle ne doit en aucun cas dépasser le gain annuel net réalisé par l'agent [60]. Ce gain net ne représente que la limite supérieure de l'indemnité. C'est à tort que l'on considère trop souvent le revenu net de l'agent comme le montant auquel il aurait en principe droit. Cette interprétation contredit le texte légal, car le revenu de l'agent ne révèle pas si le nombre des clients a augmenté, si cette augmentation est due à l'activité de l'agent, si le mandant peut espérer un profit effectif. En effet, le revenu de l'agent peut augmenter par le simple fait d'une hausse des prix, par la diminution des frais et des investissements, par l'accroissement des commandes passées par les clients existants.

C'est pourtant l'interprétation qu'a choisie le Tribunal fédéral dans un arrêt du 25 novembre 1958 [61] où il déclara que l'indemnité doit être dans un rapport raisonnable avec le gain annuel, et le Tribunal de commerce du canton d'Argovie [62] dans un arrêt du 10 juillet 1956 où, pour déterminer le montant de l'indemnité d'un agent d'assurances, les juges

[58] Meister, p. 65. Wehrli, p. 57. Leiss, p. 138. Berger, p. 105.

[59] RO 84 II 529 – JT 1959 I 332.

[60] Cette limitation fut introduite pour briser l'opposition des milieux dirigeants contre l'indemnité de clientèle qui prétendaient qu'elle représentait une charge insupportable (Bulletin sténographique du Conseil national 1948, p. 3, et Bulletin sténographique du Conseil des Etats 1948, p. 65).

[61] RO 84 II 529 – JT 1959 I 332.

[62] SJZ 54 (1958), p. 155.

ont déduit du gain annuel net de l'agent divers montants pour des motifs d'équité.

De plus, cette solution jurisprudentielle nous paraît injuste dans l'hypothèse où les frais de l'agent sont aussi élevés que son revenu. Une telle hypothèse, qui, à première vue, semble très théorique, peut se présenter dans les premières années d'activité de l'agent, et priver ce dernier de son droit à l'indemnité, alors que les conditions prévues par l'art. 418 u CO sont remplies. Pourtant le Tribunal fédéral [63] n'a pas craint de l'affirmer: « Lors donc que ce gain net moyen est nul, l'indemnité n'est pas due lors même qu'une augmentation sensible et durable de la clientèle a été obtenue par l'agent. »

Comment calculer le gain annuel net de l'agent?

Il faut déterminer le revenu annuel global de l'agent, qui comprend le revenu fixe, les diverses commissions (y compris la commission de ducroire), les primes de promotion, l'indemnité forfaitaire pour frais généraux, la rémunération équitable de l'art. 418 m al. 2 CO, duquel il faut déduire le total des frais et charges annuels afférents à l'activité de l'agent, soit principalement les cotisations d'assurances et contributions au fonds de prévoyance assumées par l'agent, les salaires, commissions et prestations sociales versées à ses collaborateurs, le loyer de l'agence, tous les frais de bureau et les frais de transport [64].

Pour procéder à cette opération, on se basera sur la comptabilité tenue par l'agent [65]. Dans la pratique, on se heurtera souvent à de grandes difficultés pour déterminer avec précision le gain annuel net de l'agent. En effet, il est fréquent que l'agent, en invoquant des dépenses particulières d'acquisition, soit porté à déclarer au fisc un gain inférieur à celui résultant de sa comptabilité propre. C'est pourquoi, à notre avis, on devrait pouvoir utiliser aussi avec profit la déclaration fiscale de l'agent ou la décision de taxation de l'AVS. L'étude comparative de ces pièces et de la comptabilité de l'agent devrait permettre de déterminer, avec la plus grande approximation possible, le gain annuel net effectif de l'agent [66]. Signalons que la pratique de certaines autorités fiscales est d'admettre une réduction forfaitaire de 30% à titre de frais généraux

[63] RO 84 II 164 – JT 1959 I 191 (résumé).

[64] L'amortissement du véhicule appartenant à l'agent.

[65] Les compagnies d'assurances remettent en général un modèle de comptabilité à leurs agents.

[66] Les compagnies d'assurances pourront utiliser avec profit les renseignements tirés de la comptabilité des agences en régie.

de l'agent d'assurances et que les compagnies admettent, suivant les branches, une réduction de 30% à 50%.

Remarquons enfin que le critère du gain annuel net favorise l'agent dont l'organisation de vente est réduite en ce sens que la limite supérieure de l'indemnité de clientèle est plus élevée. Il présente l'avantage d'obliger l'agent à adopter une organisation rationnelle, mais risque de freiner son dynamisme et son désir d'expansion.

On peut valablement se demander si le critère du gain brut ne serait pas une meilleure solution [67]. Il offrirait l'avantage d'être plus facilement déterminable que le gain net.

§ 6: Forme de l'indemnité

La loi sur le contrat d'agence ne contient aucune disposition sur la forme de l'indemnité. Les parties sont ainsi libres de choisir celle qui leur convient.

a) Si les parties n'ont passé aucune convention à ce sujet, l'indemnité est versée sous forme de capital. L'agent perd alors tous ses droits sur la clientèle qu'il a procurée au mandant.

b) Les parties peuvent convenir que l'indemnité sera versée pendant la durée du contrat d'agence sous forme d'acomptes périodiques ou annuels qui seront imputés, à la dissolution du contrat d'agence, sur le montant de l'indemnité due aux termes de l'art. 418 u CO [68].

c) Les parties peuvent convenir que le versement de l'indemnité sera remplacé par les prestations d'une institution de prévoyance [69]. Ce type de convention appelle toutefois quelques explications complémentaires.

En effet, les prestations des fonds de prévoyance comprennent, en général, une pension de retraite pour l'assuré (l'agent), une rente pour sa veuve, égale à un pourcentage déterminé de la pension de l'assuré, et une rente pour ses enfants mineurs, également en pourcentage de la pension du père. Suivant les circonstances, la valeur actuelle des prestations de l'institution de prévoyance touchée par l'agent ou ses héritiers risque d'être inférieure à la somme à laquelle ils auraient eu droit, si l'indemnité avait été versée sous forme de capital.

[67] C'est la solution qu'a adoptée le droit allemand (§ 89 b al. 2 BGB).
[68] Deuxième partie, chapitre II, paragraphe 5.
[69] C'est fréquemment le cas chez les compagnies d'assurances.

Ce ne sera généralement pas le cas, lorsque l'agent résilie le contrat pour prendre sa retraite. En effet, les prestations versées par l'institution de prévoyance seront, dans cette hypothèse, presque toujours supérieures au montant de l'indemnité de clientèle due selon l'art. 418 u CO.

Par contre, en cas de résiliation d'un contrat de courte durée, dont le mandant tire un profit effectif, les prestations du fonds de prévoyance, en l'occurrence une police de libre passage, seront généralement inférieures au montant de l'indemnité auquel l'agent aurait pu prétendre.

Il pourra en être de même en cas de mort de l'agent, qu'elle survienne peu après la conclusion du contrat d'agence ou longtemps après, car certains héritiers légaux (notamment les enfants majeurs) et testamentaires seront privés de leurs droits éventuels à l'indemnité de clientèle [70].

Ainsi, il y a de fortes chances que le juge interprète ce genre de convention comme une renonciation partielle de l'agent à l'indemnité, violant le caractère impératif de l'art. 418 u CO [71].

Cela signifie-t-il que le remplacement de l'indemnité de clientèle par l'institution d'un fonds de prévoyance est impossible?

Nous ne le pensons pas. Mais, pour respecter le caractère impératif de l'art. 418 u CO, les parties seront obligées de ratifier de telles conventions après la fin du contrat d'agence, puisque à ce moment-là l'agent peut valablement renoncer à tout ou partie de l'indemnité de clientèle [72].

§ 7: Exigibilité et prescription du droit à l'indemnité

Le droit à l'indemnité de clientèle naît à la fin du contrat d'agence et est exigible à ce moment-là, en vertu de l'art. 418 t al. 2 CO [73].

Par contre, la loi sur le contrat d'agence ne contient aucune disposition spéciale sur la prescription du droit à l'indemnité, si bien qu'on peut admettre que l'art. 127 CO est applicable. L'agent peut ainsi faire valoir son droit dans les dix ans qui suivent la fin du contrat.

[70] Deuxième partie, chapitre IV, paragraphe 8, section 1.
[71] Deuxième partie, chapitre II, paragraphe 5.
[72] RO, 85 II 118 – JT 1959 I 339.
[73] Gautschi, ad art. 418, note 7 c, p. 343.

§ 8: Créancier et débiteur de l'indemnité

Section 1: Créancier de l'indemnité

Aux termes de l'art. 418 u CO, le créancier de l'indemnité est l'agent, que ce soit une personne physique ou morale, à son défaut, ses héritiers. Comme la loi ne précise pas la notion d'héritiers, on doit admettre qu'il s'agit aussi bien des héritiers légaux que des héritiers testamentaires [74].

Section 2: Débiteur de l'indemnité

Aux termes de l'art. 418 u CO, le débiteur de l'indemnité est le mandant ou à son défaut son ayant-cause, soit, en cas de mort du mandant, ses héritiers, et, en cas de cession de l'entreprise avec actif et passif, l'acquéreur (art. 181 CO); toutefois, le mandant reste solidairement obligé avec lui pendant deux ans (art. 181 al. 2 CO).

Signalons encore que par un accord interne le mandant peut faire supporter l'indemnité de clientèle au successeur de l'agent dont le contrat a pris fin. Cet accord n'est toutefois pas opposable à l'agent, à moins qu'une reprise de dette soit intervenue conformément à l'art. 176 CO.

[74] Berger, p. 106.

Chapitre V

CARACTÈRES PARTICULIERS DE L'INDEMNITÉ DE CLIENTÈLE DE L'AGENT D'ASSURANCES

§ 1: Définition de l'assurance

L'assurance, « c'est la compensation des effets du hasard par la mutualité organisée suivant les lois de la statistique »[1].

§ 2: Le mécanisme de l'assurance

Dans notre société, où le progrès technique multiplie les risques, l'existence de chacun est très souvent menacée par un grand nombre de dangers. L'homme du XX^e siècle ressent, encore plus que par le passé, le besoin d'assurer sa sécurité. C'est cette aspiration que l'assurance doit satisfaire.

Comme la science et la technique ne peuvent empêcher que la maladie, l'accident, le vol ou l'incendie ne frappent l'individu, l'assurance, par une compensation économique, en atténue les conséquences.

Elle repose sur cette simple constatation que les coups du sort peuvent être insupportables individuellement, mais sont le plus souvent d'un poids supportable lorsqu'ils sont mis en commun et répartis sur le plus grand nombre possible de personnes exposées aux mêmes dangers.

Cette répartition exige, toutefois, que ne soient mis en commun que des risques comparables en nature et en intensité. C'est la raison pour laquelle les compagnies d'assurances sont soit spécialisées dans un certain type de risques, soit structurées dans leur organisation interne en un certain nombre de branches.

Pour réaliser cette communauté de risques que constitue l'assurance, l'assureur doit, comme première opération, recruter le plus grand nombre d'assurés, l'acquisition représentant la « fabrication » de ce service très

[1] Chaufton: *Les Assurances, leur Passé, leur Présent, leur Avenir*; Paris, 1874.

spécial. Cette inversion dans le processus de fabrication s'explique par le fait que la prime d'assurance constitue à la fois la matière première que l'assureur doit travailler et le prix de vente du service qu'il propose [2]. Au contraire, dans le secteur commercial, l'activité de tout industriel consiste d'abord à acquérir les matières premières, ensuite à les transformer et en dernier lieu à les vendre sur un marché.

Ainsi, dans le domaine de l'assurance, l'existence d'une clientèle nombreuse et en augmentation constante est une nécessité absolue, car ce n'est qu'à cette condition que l'assureur garantira la sécurité de tous par une participation modique de chacun.

La recherche de la clientèle a donc, dans le domaine de l'assurance, une signification particulière.

§ 3: La distribution de l'assurance [3]

La distribution de l'assurance est organisée d'une manière différente de celle de la majorité des autres produits ou services. Dans le commerce, l'agent est de nos jours presque toujours un intermédiaire entre une entreprise et un établissement de vente dont la taille est variable: grossiste, entreprise à succursales multiples, magasin de quartier. Ce n'est qu'exceptionnellement qu'il sert de trait d'union entre le fabricant et le consommateur. En règle générale, le client de l'agent commercial n'est donc pas un consommateur, mais un intermédiaire supplémentaire, placé à un niveau inférieur dans l'organisation de vente.

De plus, une fois le client gagné, la distribution du produit n'exige pas de l'agent des efforts de longue durée. Ainsi le représentant qui s'occupe de la vente de produits alimentaires ou pharmaceutiques est assuré, une fois son produit connu, que le client se réapprovisionnera à intervalles réguliers chez lui. Il pourra se contenter de visites périodiques, à l'occasion desquelles il ne fera que prendre note de la quantité des livraisons à effectuer. Souvent, il n'aura même pas à se rendre auprès de son client et se bornera à enregistrer les commandes passées par téléphone ou par lettre par sa clientèle, puis à les transmettre à son mandant.

[2] Besson, p. 831.

[3] Voir plaquette du Centre de documentation et d'information de l'assurance, 3, rue de la Chaussée-d'Antin, éditions, S.D.E., 24*bis*, rue Saussier-Leroy, Paris, dont nous nous inspirons largement dans ce paragraphe.

Il en va tout autrement dans le domaine de l'assurance. L'agent est, pratiquement toujours, l'unique intermédiaire entre la compagnie et le particulier et assume en même temps les fonctions de vendeur qui sont normalement dévolues, dans le secteur commercial, à un établissement de vente. Il en résulte qu'il doit entrer en relation d'affaires avec chaque « consommateur » en particulier. Malgré un travail initial tout aussi important, sa « rentabilité » peut être considérée comme inférieure à celle de l'agent commercial, en ce sens que pour chaque cas il doit recommencer son travail.

En effet, alors que ce dernier, après avoir noué une relation d'affaires avec un client, est assuré de vendre le produit qu'il représente à une masse de consommateurs, l'agent d'assurances ne peut espérer que rarement faire souscrire plus d'une police par le client qu'il a acquis. Font exception les branches d'assurances collectives (accident, maladie, groupe) et la branche transport, où, comme dans le commerce, l'agent ne noue pas de relation d'affaires directement avec le « consommateur » (le personnel des entreprises assurées, de leurs succursales et les clients des compagnies de transport), mais avec l'entreprise ou l'institution de prévoyance qui les représente collectivement. Cependant, le cercle des consommateurs qu'il peut atteindre n'est pas comparable à la masse des acheteurs que touche indirectement l'agent commercial.

Le potentiel économique que représente la clientèle de l'agent d'assurances est donc sensiblement plus faible que celui de la clientèle de l'agent commercial.

La distribution de l'assurance présente aussi des particularités inhérentes à la nature de cette branche de l'économie.

En effet, le commerce des assurances appartient à l'industrie des services. Par là, il se différencie nettement de la vente des biens de consommation, sans pour autant présenter nécessairement des similitudes avec d'autres secteurs de services. Cela tient notamment au fait que la compagnie d'assurances prend aujourd'hui un engagement qu'elle devra tenir dans plusieurs années et qu'il y a diverses manières d'assurer un bien ou une personne. Afin de matérialiser la prestation de l'assureur, il a donc fallu établir des polices complexes, précisant les droits et obligations des parties et des tarifs non moins compliqués pour en fixer le prix.

Pour ne prendre que cet exemple, le fabricant d'appareils ménagers se contente d'une brève notice pour en expliquer le fonctionnement et en indiquer le prix; le fabricant de chocolat ou de lessive se borne, par une

mention apposée sur l'emballage de son produit, à en donner le poids, la composition et le prix.

La distribution de l'assurance est donc une opération délicate, un service complexe qui nécessite la collaboration de spécialistes. Si, comme tout acte de vente, elle requiert d'abord de celui qui s'y emploie un minimum de qualités psychologiques et d'aptitudes commerciales, elle exige encore un ensemble de connaissances variées et un degré de formation technique élevé.

L'agent d'assurances peut être appelé à entrer en contact avec toutes les couches de la population; il devra à chaque fois pouvoir se mettre au niveau de son interlocuteur. Il ne peut se contenter de maîtriser les divers aspects du service qu'il propose, ce qui requiert déjà un degré de formation élevé, mais il doit encore être familier de toutes les activités qui servent de contexte aux opérations d'assurances. Ainsi, dans la branche vie, il ne lui faut être ni médecin, ni notaire, ni conseiller fiscal, mais de chacun de ces spécialistes il lui faut connaître un peu de son métier, ne serait-ce que pour juger du cas où il est nécessaire de recourir à leurs compétences. Il doit être capable de déterminer et d'apprécier les risques à assurer, ce qui implique, par exemple en assurance-incendie, qu'il possède de bonnes connaissances dans des domaines aussi variés que l'architecture, l'électricité. Dans la branche responsabilité civile d'entreprise, il lui est nécessaire de n'être pas étranger aux risques inhérents à tout procédé de fabrication industrielle et aux dispositions légales en vigueur. Dans les branches accident, maladie et de l'assurance de groupe, il doit être au courant de la législation en matière d'assurances sociales.

A la différence de l'agent commercial qui, une fois l'affaire conclue, n'a plus à se préoccuper du produit qu'il a offert, si ce n'est exceptionnellement pour des questions relatives à la qualité de la marchandise vendue, l'agent d'assurances doit gérer le portefeuille constitué par les polices qu'il a négociées ou conclues. Il assure ainsi un véritable service après-vente.

En effet, lorsqu'une police est souscrite par un assuré, le travail de l'agent d'assurances n'est nullement terminé; bien au contraire, il est appelé à effectuer encore diverses opérations. Il reçoit, comme nous l'avons vu [4], toutes les communications que l'assuré doit adresser à

[4] Première partie, chapitre VII, paragraphe 4.

l'assureur en vertu du contrat ou de la loi. Il procède aux changements d'adresses, établit une nouvelle police si l'objet assuré est remplacé. En cas de modification du risque, il lui appartient d'enregistrer les avis des assurés et souvent de s'assurer lui-même que ces derniers les lui transmettront. Il peut être chargé du contrôle du règlement des sinistres.

La distribution de l'assurance est donc une opération qui requiert de l'agent une activité beaucoup plus intense que celle de l'agent commercial. Son prix en sera élevé pour l'assureur. Il en résulte logiquement que le coût d'acquisition et de conservation de la clientèle de l'agent d'assurances devrait, toute autre chose étant égale, être plus élevé que celui de la clientèle de l'agent commercial.

§ 4: L'opposition des compagnies d'assurances à l'octroi d'une indemnité de clientèle

Relevons, préliminairement, que la loi sur le contrat d'agence a été principalement élaborée en fonction de l'agent commercial et qu'elle ignore souvent les particularités de l'industrie des assurances.

A cet égard, on peut se demander si une législation spéciale pour l'agent d'assurances n'aurait pas été justifiée. On peut remarquer, aujourd'hui, dans de nombreux pays, une évolution qui va dans ce sens [5]. On tend de plus en plus à distinguer l'agent d'assurances, qu'il soit agent, courtier ou salarié, de l'agent commercial.

C'est d'ailleurs le principe qu'a adopté la loi sur le contrat d'assurances en ce qui concerne les pouvoirs de représentation de l'agent d'assurances.

Comme nous l'avons mentionné dans notre introduction historique [6], l'indemnité de clientèle suscita une violente opposition de la part des compagnies d'assurances.

Cette opposition peut être résumée par les arguments suivants:

— L'indemnité de clientèle ne se justifie que dans les cas où l'agent a constitué une clientèle qui, après le départ de ce dernier, procure un profit au mandant sous forme de commandes sans cesse renouvelées

[5] Notamment en France. Voir *Revue générale des Assurances terrestres*, 1976 (47), p. 484 ss.

[6] Deuxième partie, chapitre I, paragraphe 2.

et sans que le concours de l'agent ne soit à nouveau nécessaire. Tel n'est pas le cas dans le domaine de l'assurance, où chaque nouvelle affaire conclue avec un client déjà acquis exige de l'agent le même effort que lors de l'affaire initiale [7].

— La conclusion d'un contrat d'assurance est une affaire unique qui de par sa nature crée un lien durable non renouvelable [8].

— Les relations d'affaires nouées par l'agent d'assurances peuvent lui être utiles pour conclure de nouveaux contrats, mais ce sont des relations exclusivement personnelles que son successeur ne pourra pas maintenir et qui ne profiteront pas à l'assureur [9].

— L'art. 418 u CO n'a pas sa raison d'être dans le secteur des assurances, car les compagnies ont presque toutes créé, pour leurs agents, des fonds de prévoyance qui la remplacent avantageusement.

Il y a des opinions contraires, notamment Trinkaus, que cite Leiss [10], qui prétend que l'agent d'assurances a plus de raisons valables de bénéficier d'une indemnité de clientèle que l'agent commercial. A l'appui de sa thèse, il affirme que le besoin de conclure des affaires relatives à des biens de consommation étant très fort, l'agent commercial, après la dissolution du contrat d'agence, est immédiatement assuré d'exercer une activité pour le compte d'un nouveau mandant; au contraire, le besoin de conclure un contrat d'assurance étant limité, l'agent ayant épuisé ses relations personnelles ne peut compter conclure avec elles immédiatement de nouveaux contrats; en outre, les conséquences d'une résiliation sont plus dures pour lui que pour l'agent commercial, car en général il perd encore sa propre organisation de vente.

On peut, dans une certaine mesure, admettre le bien-fondé de l'opposition que manifestèrent les compagnies d'assurances au principe même de la notion d'indemnité de clientèle.

1. Comme nous l'avons souligné [11], la clientèle de l'agent d'assurances a ordinairement, un potentiel économique nettement inférieur à celui de la clientèle de l'agent commercial. L'agent d'assurances noue des

[7] Leiss, p. 130; Wehrli, pp. 94 et 95.

[8] Protocole de la Commission du Conseil national du 23 janvier 1948, p. 27.

[9] Lettre du Dr P. Stein (membre de la Commission d'experts) adressée le 12 février 1946 au Département de justice et police.

[10] P. 215.

[11] Deuxième partie, chapitre V, paragraphe 3.

relations d'affaires avec un client, qui est un consommateur et non un intermédiaire, qui bénéficie lui aussi d'une clientèle propre. L'assureur ne peut donc compter sur un nombre de commandes supplémentaires aussi important que celui qu'enregistre tout fabricant de biens de consommation courants. Dès lors, on peut légitimement se demander si l'assureur retire un profit effectif, au sens de l'art. 418 u CO, de la clientèle acquise par son agent.

2. A la différence du commerce ordinaire, qui est, comme nous l'avons vu [12], la source de commandes supplémentaires répétées, sans intervention décisive de la part de l'agent, la souscription d'une police d'assurance exige, en règle générale, ainsi que nous l'avons démontré [13], un long travail d'acquisition.

Nous en voulons également pour preuve le fait que celui qui conclut une assurance et doit s'acquitter de ses primes a souvent l'impression d'effectuer une prestation pour laquelle il n'obtiendra pas une véritable contrepartie en retour ou du moins que rarement. Dans l'optique du public, l'accident, la maladie, le vol ou l'incendie, concernent toujours les autres, mais jamais soi-même. Le preneur d'assurances se refuse ainsi à envisager les circonstances dans lesquelles l'assureur accomplira ses prestations, parce que bien souvent ces circonstances impliquent pour lui une situation malheureuse, des conséquences désagréables. Il existe de ce fait dans le public une sorte de crainte à parler de malheurs. A celle-ci peut se mêler un sentiment d'incompréhension, car le preneur se heurte souvent à la complexité des conditions générales d'assurances.

Dans ces conditions, peut-on affirmer que l'indemnité de clientèle a sa place dans le domaine des assurances?

C'est ce que nous nous proposons d'étudier dans la suite de notre travail en examinant successivement si l'assureur bénéficie d'une véritable clientèle et dans quelle mesure les conditions prescrites par l'art. 418 u CO peuvent être remplies dans chaque branche d'assurances.

§ 5: La clientèle de l'agent d'assurances

Comme nous l'avons déjà définie [14], la clientèle est l'ensemble des relations d'affaires d'un commerçant qui le lient aux personnes qui se

[12] Deuxième partie, chapitre V, paragraphe 3.
[13] Deuxième partie, chapitre V, paragraphe 3.
[14] Deuxième partie, chapitre III, paragraphe 1.

servent auprès de lui et qui lui procurent des espoirs de contracter des contrats.

On prétend généralement que l'agent d'assurances ne constitue pas une véritable clientèle, car même s'il est en mesure d'établir des liens durables avec les preneurs d'assurances, il ne peut pas nécessairement nourrir l'espoir de conclure avec eux de nouvelles affaires.

S'il est exact de dire que l'assurance est un service durable qui ne se renouvelle pas aussi fréquemment qu'un bien de consommation, la conclusion d'un contrat d'assurance crée toutefois un lien assez étroit entre l'agent et le preneur. Il suffit de penser au rôle de conseiller que joue l'agent lorsque survient un sinistre et à la fréquence des communications d'ordre administratif qu'il adresse périodiquement aux assurés. On ne saurait dès lors affirmer que la souscription d'une police d'assurance est une affaire unique qui ne laisse subsister aucun lien entre agent et client.

S'il est vrai que la conclusion d'une assurance-vie n'entraîne pas la souscription d'une assurance identique [15], il est par contre indéniable que les relations d'affaires nouées à cette occasion sont de nature à amener l'assuré à se couvrir contre d'autres risques.

D'ailleurs, souvent, l'agent représente plusieurs branches d'assurances. Il peut donc espérer conclure de nouvelles affaires propres à satisfaire d'autres besoins chez ses clients.

On trouve dans la doctrine l'opinion que les entreprises et les personnes privées préfèrent répartir leur portefeuille d'assurances entre diverses compagnies. Cette opinion nous paraît exagérée. La tendance aujourd'hui est à la concentration. Elle présente l'avantage appréciable de renforcer la position de l'assuré face à l'assureur, notamment en cas de sinistre. C'est ce qui résulte d'ailleurs d'un sondage d'opinion [16] réalisé en 1969, où l'on peut lire que plus de la moitié des personnes interrogées désirent pouvoir conclure toutes leurs assurances auprès d'une seule compagnie. Les assureurs ont d'ailleurs parfaitement compris ce phénomène; la meilleure preuve réside, à notre avis, dans le fait qu'on voit aujourd'hui se miltiplier les dépliants publicitaires « Conseil global »

[15] Voir cependant, deuxième partie, chapitre V, paragraphe 7, section 2, lettre A, système de « l'assurabilité garantie ».

[16] Sondage d'opinion réalisé par W.A. Kühne, Zumikon, et Ermo S.A. (European Research for Marketing and public Opinion), Lausanne, pour le compte de la Suisse, Compagnie anonyme d'assurances générales à Zurich.

cherchant à convaincre le public de couvrir tous ses risques auprès de la même compagnie et lui proposant des polices d'assurances combinées. Ce système permet de garantir à l'assuré une protection étendue et efficace, sans lacunes, et lui épargne les frais inutiles d'une éventuelle double couverture.

Il nous faut, à présent, examiner si, comme on le prétend souvent, cette clientèle est exclusivement attachée à la personne de l'agent d'assurances, ou si elle peut être fidèle à la marque de la compagnie.

Il est certain que l'agent d'assurances constitue un intermédiaire quasi indispensable dans la vente de l'assurance et que la majorité des preneurs ne désirent pas un autre système. Mais cela signifie-t-il que seule la personne de l'agent, à l'exclusion de la compagnie, entre en considération dans le choix du preneur? Nous ne le pensons pas.

Comme le prouve le sondage d'opinion cité, les critères de choix du public se répartissent de la façon suivante: trente et un pour cent des personnes interrogées ont conclu leurs assurances parce qu'elles connaissaient personnellement l'agent ou sur recommandation d'amis ou de connaissances.

Soixante-neuf pour cent de ces personnes ont par contre répondu que leur choix avait été dicté par le seul travail de promotion de l'agent. Ainsi seul un tiers de la clientèle de l'agent d'assurances lui est personnellement et exclusivement attaché.

Citons, à cet égard, un arrêt du Tribunal cantonal vaudois du 26 mai 1924 [17]: « En matière d'assurance, il y a lieu d'admettre que la personne de l'assureur, sa nationalité (surtout depuis la guerre mondiale), sa solvabilité, sa loyauté en affaires sont des éléments déterminants; en cette matière, ou dans la règle le preneur est seul à effectuer des prestations importantes, parfois pendant de nombreuses années, la confiance en l'assureur joue un rôle primordial. »

Enfin, on constate que même dans l'hypothèse où le choix du preneur est intervenu exclusivement en fonction de la personne de l'agent, il se développe pendant la durée du contrat d'assurance, dans le cours normal des choses, des liens de fidélité envers la compagnie, si bien que la majorité des assurés ne résilient pas leur police, mais la renouvellent ou en concluent de nouvelles auprès de cette dernière, même si, entretemps, l'agent d'assurances a été remplacé [18].

[17] RBA V, N° 37, p. 55 ss.
[18] Sondage d'opinion cité.

Cette constatation nous a été confirmée par certaines compagnies, qui nous ont déclaré qu'on peut estimer que l'agent, après son départ, n'emmène avec lui pas plus de sept à huit pour cent de la clientèle; du reste, les fichiers des clients sont toujours propriété de l'assureur.

Ainsi l'agent d'assurances est lui aussi à même de créer une véritable clientèle, même si elle ne permet pas la conclusion de nouvelles affaires en nombre aussi élevé que dans le commerce ordinaire.

§ 6.: Augmentation sensible de la clientèle de l'agent d'assurances

L'augmentation sensible du nombre des clients est la première condition que prescrit l'art. 418 u CO; elle appelle quelques remarques en matière de contrats d'agence d'assurances.

Quand peut-on considérer qu'il y a augmentation de la clientèle de l'agent d'assurances [19]?

— Lorsque l'agent conclut un contrat avec un preneur qui n'a encore souscrit aucune police auprès de la compagnie qu'il représente.

— Lorsque l'agent conclut un contrat avec un preneur qui a déjà souscrit une police auprès de la compagnie qu'il représente ou lorsqu'il parvient à renouveler un contrat existant, à assurer de nouveaux risques, à augmenter les montants assurés, mais à condition que cette adaptation corresponde à la conclusion d'une nouvelle affaire et nécessite un effort égal.

Cependant, on devra imputer les pertes enregistrées dans le portefeuille de l'agent sur l'augmentation qu'il a réalisée, à moins qu'elles ne soient le fait de la compagnie.

A ce propos, il faut remarquer que l'on doit considérer l'ensemble du portefeuille de l'agent, soit l'augmentation ou les pertes résultant de toutes les branches dans lesquelles il exerce son activité. L'agent ne saurait prétendre avoir droit à une indemnité de clientèle dans une branche bénéficiaire, alors que les pertes enregistrées dans une autre branche seraient telles qu'elles permettraient à l'assureur de refuser l'indemnité pour l'ensemble du portefeuille. Cette solution est équitable

[19] Hangartner, dans RSA 26 (1958), p. 277.

et conforme au texte de la loi qui parle de l'activité de l'agent, considérée comme un tout indivisible.

Il est évident que l'augmentation purement numérique du nombre des preneurs n'est en l'espèce pas un critère valable; on ne saurait, en effet, comparer la conclusion d'une assurance responsabilité civile d'un simple particulier à la conclusion d'une assurance collective maladie ou accident d'une grande entreprise.

On ne peut donc retenir valablement, comme seul critère d'appréciation de l'augmentation de la clientèle de l'agent d'assurances, que la production [20] qu'il a réalisée lui-même ou que ses collaborateurs du service externe (inspecteurs et agents occasionnels) ont réalisée pour son compte.

Ce critère nous permet-il d'affirmer que l'augmentation de production réalisée correspond effectivement à une plus-value de la valeur économique du portefeuille de l'agent d'assurances? Certainement pas, car cette valeur dépend aussi en grande partie de la qualité des risques assurés [21]. Aussi l'agent devra-t-il encore établir que sa production ne comporte pas une proportion inhabituelle de mauvais risques. En effet, il faut éviter qu'appâté par la perspective de l'indemnité il ne développe sa production sans considérations de qualité [22].

A cet égard, la sélection des risques assurés, la gestion du portefeuille acquis, ainsi que la solvabilité des clients, jouent un rôle essentiel. Il est évident que la compagnie n'a aucun intérêt à voir son agent multiplier la conclusion de contrats qui par la suite conduisent à des mécomptes avec la clientèle.

L'art. 418 u CO exige encore que l'augmentation de la clientèle soit sensible. Quels critères adopter pour juger de cette question? La jurisprudence peu abondante en la matière nous fournit cependant, un exemple. Le Tribunal de commerce du canton d'Argovie [23] a estimé qu'un agent d'assurances avait sensiblement augmenté le nombre des clients de sa compagnie en concluant, dans les années 1947 à 1953, 1045 nouvelles affaires, correspondant à une production annuelle moyenne de primes de Fr. 27 000.— et en obtenant une augmentation

[20] Nous n'entrons pas dans le détail du calcul de la production de l'agent, qui peut être exprimée suivant les branches d'assurances en prime ou en capital assuré.

[21] Berger, p. 100.

[22] Hangartner, dans RSA 26 (1958), p. 278.

[23] SJZ 54 (1958), p. 155.

de primes de l'ordre de Fr. 40 000.— à Fr. 50 000.—, relative à l'adaptation et à l'extension de contrats d'assurances existants. Cet unique exemple ne nous permet pas de dégager une règle générale. Comme nous l'avons vu [24], il faut comparer la production réalisée par le prétendant à l'indemnité à la production moyenne d'un bon agent travaillant dans la même région et dans les mêmes conditions [25]. On pourra aussi se baser sur les prévisions établies par la compagnie. Si l'agent les atteint ou les dépasse, on pourra admettre qu'il y a augmentation sensible de la production [26].

L'art. 418 u CO exige enfin que l'augmentation du nombre des clients soit « causale », c'est-à-dire que l'agent ait, par sa propre activité ou celle de son service externe, augmenté sensiblement la production de son agence. Cette preuve sera difficile à apporter pour l'agent d'assurances pour les raisons suivantes:

— Il arrive, en effet, que même dans le cadre d'un contrat d'agence au sens des art. 418 a et suivants, les compagnies soutiennent financièrement leurs agents à leurs débuts ou à l'approche de la retraite [27], en prenant à leur charge une partie des salaires du personnel du service externe. La compagnie sera ainsi en droit de déduire de la production totale réalisée par l'agence la production qu'elle aura elle-même financée.

— Il est usuel que les compagnies d'assurances prennent en charge une grande partie de la publicité faite personnellement par leurs agents. Le montant de cette contribution pourra également, selon les circonstances, être déduit, en tout ou en partie, de la production réalisée par l'agent.

— Vu la complexité de la négociation de certaines polices d'assurances (assurances responsabilité civile d'entreprise, perte d'exploitation, collective maladie et accident, institution de prévoyance), l'agent est souvent assisté par des membres de la direction de la compagnie.

[24] Deuxième partie, chapitre IV, paragraphe 1.

[25] Berger, p. 100: « Wann eine Bestandesvermehrung als wesentlich anzusehen ist, wird der Richter zu entscheiden haben. Es wird mindestens diejenige Bestandesvermehrung zu verlangen sein die bei befriedigenden Produktionsergebnissen in Anwendung eines normalen Stornosatzes unter den gegebenen Gebiets- und Arbeitsverhältnissen erfahrungsgemäss eintreten muss. »

[26] Deuxième partie, chapitre IV, paragraphe 1.

[27] Deuxième partie, chapitre VII, paragraphe 5, section 2.

La collaboration de ces personnes à la négociation du contrat, si elle ne supprime pas tout lien de causalité entre l'activité de l'agent et la conclusion finale de l'affaire, diminue cependant dans une notable mesure la contribution de l'agent. On devra donc aussi en tenir compte dans le calcul de l'augmentation de production réalisée par l'agent.

Constitueront également des facteurs de réduction toutes les causes extérieures à la personne de l'agent et à son organisation qui ont contribué à l'augmentation de la production, notamment la hausse du coût de la vie et le renom de la compagnie.

Nous pouvons ainsi constater que l'augmentation de production dont on tiendra compte, dans le cadre de l'art. 418 u CO, sera toujours sensiblement inférieure à l'augmentation brute de la production réalisée par l'agent et son service externe.

Notons, enfin, qu'il appartient à l'agent de prouver l'augmentation de la clientèle, mais que pratiquement c'est la compagnie qui devra établir qu'elle résulte d'autres facteurs; elle aura bien des difficultés à avancer des chiffres précis, ce sera plutôt une question d'appréciation.

§ 7: Le profit effectif de l'assureur

Section 1: En général

L'art. 418 u CO exige, comme seconde condition à l'octroi d'une indemnité de clientèle, que le mandant ou son ayant-cause tire, après la fin du contrat d'agence, un profit effectif de ses relations d'affaires avec les clients acquis par l'agent.

C'est là le point essentiel de notre étude: quel profit peut espérer retirer une compagnie d'assurances du portefeuille acquis et géré par l'agent qui a quitté son service?

Comme nous l'avons vu, il n'est pas comparable quantitativement au profit que peut retirer un marchand de biens de consommation courants de la clientèle acquise par son agent. Il est évident que l'assureur ne va pas bénéficier de commandes supplémentaires au sens strict du terme, parce que, d'une part, l'assurance est un service plus ou moins durable, et que, d'autre part, la conclusion d'un nouveau contrat ou l'adaptation d'un contrat existant requiert souvent l'intervention du service externe de la compagnie.

A première vue, on serait tenté d'affirmer que l'agent d'assurances ne sera jamais en mesure d'établir que cette condition est remplie. Cependant, il ressort clairement des travaux préparatoires de la loi que le législateur a voulu soumettre l'agent d'assurances à toutes les dispositions qu'il édictait. C'est donc qu'il a considéré que l'assureur pouvait aussi retirer un profit du portefeuille créé par son agent.

Quel peut être ce profit? Ce n'est certainement pas le profit retiré par l'assureur de l'encaissement des primes relatives à des polices d'assurances d'une certaine durée, conclues par l'agent pendant l'existence du contrat d'agence. Car, à l'instar des contrats comprenant des livraisons successives, la commission d'acquisition versée à l'agent d'assurances est destinée ordinairement à le rémunérer pour toute la durée contractuelle de la police; elle contient un chargement unique d'acquisition réparti sur toute la durée du contrat qui doit être amorti au cours des années par la fraction correspondante des primes [28]. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle l'assureur se réserve parfois le droit d'exiger de l'agent le remboursement d'une partie de la commission d'acquisition qu'il a versée, lorsque le contrat d'assurance est prématurément résilié.

On pourrait nous objecter que la commission d'acquisition versée à l'agent, si elle le rémunère pour toute la durée de la police, ne le rémunère en réalité pas entièrement, puisque la compagnie lui verse en sus une commission d'encaissement ou de portefeuille. A la dissolution du contrat d'agence, l'agent n'ayant plus droit à cette commission, l'assureur réaliserait ainsi un profit.

En fait, ce profit n'existe pas, car l'assureur devra verser au successeur de l'agent la même commission d'encaissement. De plus, un tel profit n'a pas à être pris en considération dans le cadre de l'art. 418 u CO qui, comme nous l'avons souligné, n'envisage que le bénéfice résultant d'affaires futures et éventuelles que le mandant peut espérer conclure avec les clients acquis par l'agent.

Quelles sont donc, dans le domaine de l'assurance, ces affaires futures et éventuelles, que l'on peut assimiler à des commandes supplémentaires?

[28] Avis de droit de M. le juge fédéral Stauffer donné à la Suisse Assurances, Hangartner, dans RSA 26 (1958), p. 279; Berger, p. 101: « Dagegen fallen Vorteile aus Geschäften, die noch während der Vertragsdauer abgeschlossen wurden, auch wenn sie — wie die Versicherungsverträge — sukzessiv zu erfüllen sind, nicht in Betracht. Der Agent hat für solche Geschäfte die volle vertragliche Vergütung bereits erhalten. Die Abgangsentschädigung stellt eine Beteiligung des Agenten am Gewinn aus künftigen Geschäften mit seiner ehemaligen Kundschaft dar, nicht eine Nachprovision auf schon honorierten Abschlüssen. »

Nous en distinguons trois catégories:

— le renouvellement de contrats d'assurances;

— l'extension de garantie;

— la conclusion de nouveaux contrats d'assurances.

A. — Renouvellement de contrats d'assurances

Nous entendons par renouvellement de contrats d'assurances, la reconduction d'une police échue, le remplacement d'une police par une police de même espèce et la remise en vigueur d'une police suspendue.

Même lorsque le renouvellement est effectué par un avenant à la police initiale, on peut affirmer qu'il s'agit d'une nouvelle affaire ou, par analogie au commerce ordinaire, d'une commande supplémentaire [29], car la commission d'acquisition versée à l'agent ne le rémunère que pour la durée contractuelle ou effective de la police.

En principe, le renouvellement d'une police procure un profit à l'assureur, surtout lorsqu'un contrat est prolongé par tacite reconduction. Cependant, ce profit peut être moindre, notamment lorsque le renouvellement exige une intervention du service externe de l'assureur, comparable à celle que nécessite la conclusion d'une première affaire ou lorsque la compagnie verse au successeur de l'agent une commission de renouvellement. Signalons à ce sujet que la pratique des compagnies diffère de l'une à l'autre et suivant les branches d'assurances, mais que souvent l'agent n'a droit à une commission de renouvellement que sur la part de prime qui excède la prime de la police initiale.

B. — Extension de garantie

Nous entendons par extension de garantie toute augmentation des montants ou des prestations assurées et la couverture de risques nouveaux ou plus importants.

Pour déterminer si une extension de garantie constitue un profit pour l'assureur, il nous faut reprendre les principes que nous avons dégagés à propos du renouvellement.

En général, l'extension de garantie constitue un profit pour l'assureur, mais il est moindre chaque fois que l'adaptation de la police nécessite

[29] SJZ 54 (1958), p. 155; Berger, p. 101; Hangartner, dans RSA 26 (1958), p. 279; Stauffer, avis de droit cité; Wehrli, p. 95, semble d'un avis contraire.

une intervention du service externe de la compagnie et dans la mesure où l'agent a droit à une commission.

Notons que souvent une extension de garantie ne nécessite pas une intervention déterminante de l'agent, par exemple lorsque les montants assurés et les prestations d'une assurance collective accidents sont augmentés par le simple fait de la hausse des salaires des assurés, ou lorsque l'extension de la couverture des risques d'une assurance responsabilité civile d'entreprise résulte de l'expansion de l'entreprise.

C. — Conclusion de nouveaux contrats d'assurances

Nous entendons par conclusion de nouveaux contrats d'assurances la souscription de polices couvrant des risques différents de ceux déjà assurés par un preneur et la conclusion de divers contrats avec des parents ou des connaissances de ce dernier.

Pour déterminer si ces affaires procurent réellement un profit à l'assureur, il faut plus particulièrement examiner si elles résultent d'une décision spontanée du preneur.

A quelques exceptions près (par exemple: l'assurance-transport [30]), le preneur ne s'adresse pas spontanément à la compagnie ou à ses collaborateurs. On ne peut toutefois assimiler l'intervention de l'agent pour conclure un contrat avec l'un de ses clients ou avec l'entourage de ce dernier à une acquisition ordinaire. En effet, les visites de routine ou lors d'un règlement de sinistre qu'effectue l'agent auprès du preneur sont pour lui l'occasion de proposer la modification d'une police existante ou la conclusion d'une nouvelle affaire. Il sera d'autant plus écouté qu'il joue souvent un rôle de conseiller auprès des souscripteurs d'assurances.

Les grandes entreprises commerciales offrent également à l'agent de nombreuses possibilités de développer sa production sans effort particulier, notamment par l'ouverture de nouvelles succursales et par la diversification de leurs branches d'activité.

De telles affaires peuvent être la source de profits non négligeables, surtout lorsque la compagnie use de son droit de conclure directement des affaires, comme elle s'en réserve toujours la faculté dans le contrat d'agence.

Si le portefeuille de l'agent présente, en règle générale, une force reproductive, elle est cependant très variable selon les branches d'assurances.

[30] Deuxième partie; chapitre V, paragraphe 7, section 4.

Section 2: Le profit de l'assureur dans les branches individuelles selon les modalités qui leur sont propres

A. — La branche vie

Le portefeuille d'un agent d'assurances-vie est-il susceptible de procurer un profit à l'assureur après le départ de l'agent? A cette question, on répond ordinairement par la négative. Ainsi Beck [31]: « Man gewinnt einen Kunden für eine Lebensversicherung nur einmal. » Dans le même sens, le Message du Conseil fédéral [32] déclare que dans l'assurance-vie l'agent ne crée pas une clientèle dont la compagnie profite encore après la dissolution du contrat. La majorité de la doctrine partage cette opinion [33].

L'assurance-vie est certainement la branche où les profits de l'assureur, à raison du portefeuille créé, sont minimes. En effet, la durée d'une telle assurance est longue, ordinairement de trente à quarante ans, voire d'une vie humaine entière. Elle n'offre pas de possibilités de renouvellement, car seule la conclusion d'un nouveau contrat entre en ligne de compte.

On peut par contre parler d'extension de garantie. C'est ce qu'on nomme en langage technique « l'assurabilité garantie ». Selon ce système, l'assureur s'engage à augmenter le capital assuré quel que soit l'état de santé de l'assuré. La conclusion de complément d'assurance est ainsi facilitée. Il y a certes profit pour la compagnie, puisqu'elle élargit son portefeuille, mais il n'est que relatif car ce système l'oblige à accepter de mauvais risques.

Doit-on dès lors en déduire qu'un portefeuille d'assurances-vie ne procure aucun profit à l'assureur?

Comme Hangartner [34], nous sommes persuadés qu'un tel portefeuille contient, malgré tout, en germe, une production plus facile et possède ainsi une force reproductrice. Il suffit, pour s'en convaincre, de se rappeler qu'un fichier bien tenu permet à la compagnie de s'implanter durablement dans certains milieux et d'y développer ses affaires à des conditions favorables (p. ex., transformation d'une assurance de capital échue en rente viagère).

[31] Protocole de la Commission du Conseil national du 23 janvier 1948, p. 27.
[32] P. 706.
[33] Stauffer, avis de droit cité; Berger, p. 102; Wehrli, p. 94; Leiss, p. 130.
[34] RSA 26 (1958), p. 280.

B. — Les branches maladie, accident et responsabilité civile

Examinons en premier lieu la question dans les branches accident et maladie que nous traiterons ensemble, ces deux types d'assurances garantissant des prestations de même nature et selon des modalités identiques à quelques exceptions près.

Le portefeuille « accident » offre indiscutablement des possibilités de renouvellement pour les raisons suivantes:

— La durée contractuelle de ce type d'assurances est relativement courte, en général cinq ans. Tel n'est pas le cas de la branche maladie où le contrat est ordinairement conclu à long terme, voire pour la vie entière de l'assuré.

— La prolongation de la police ne nécessite aucune intervention de la part du service externe de l'assureur, car elle se fait par tacite reconduction.

Les prestations que garantissent les assurances-maladie et -accident se prêtent aisément à l'extension de garantie (augmentation du capital décès ou invalidité, de l'indemnité journalière ou pour frais d'hospitalisation), qui ne nécessite la plupart du temps qu'une intervention limitée de l'agent, le preneur s'adressant spontanément à lui. En effet, quel assuré, voyant sa situation professionnelle s'améliorer, ne désirera pas augmenter les garanties dont il bénéficie pour qu'elles correspondent à ses besoins effectifs?

Enfin, les portefeuilles accident et maladie permettent la conclusion de nouveaux contrats. Le mariage, les naissances sont l'occasion de souscrire une nouvelle police. En outre, la fréquence des rapports entre assureur et assurés, qu'implique ce genre d'assurances, crée de solides liens de fidélité propices à la conclusion de contrats couvrant d'autres risques.

Examinons, en second lieu, la question dans la branche responsabilité civile, qui comprend de nombreuses sous-branches: assurance-responsabilité civile des véhicules automobiles[35], du particulier et chef de famille, du propriétaire, de l'entreprise, des corporations de droit public, des associations et clubs, du médecin, de l'avocat, de l'architecte, etc.

[35] En raison du caractère obligatoire de l'assurance-responsabilité civile automobile et de la surveillance exercée par le Bureau fédéral des assurances sur le tarif des primes, cette branche n'est pas la source de grands profits pour l'assureur.

Là aussi, la durée contractuelle relativement courte, cinq ans en général, favorise le renouvellement, souvent par simple avenant. Les possibilités d'extension de garantie sont multiples (couverture de risques nouveaux, par exemple).

A cet égard, le développement de la législation sur la protection de l'environnement n'est-il pas de nature à offrir à l'assureur de nouveaux marchés, pour les entreprises et les collectivités, dans des domaines tels que la contamination radio-active, la pollution des sols par gazoducs ou oléoducs?

Enfin, une certaine clientèle de ce type d'assurance, comprenant notamment des entreprises et des membres de professions libérales, crée des relations d'affaires intéressantes, propres à augmenter la production de l'assureur dans toutes les branches d'assurances.

C. — La branche choses

Elle comprend toutes les assurances contre les dommages, notamment contre l'incendie, le vol, les eaux, le bris de glace, le casco et l'assurance-transport que nous traiterons séparément [36].

En ce qui concerne la branche incendie, nous nous bornerons à mentionner que dans les cantons où cette forme d'assurance n'est pas étatisée, la production est en règle ordinaire confiée à un agent général « en régie », auquel la loi sur le contrat d'agence n'est pas applicable.

En ce qui concerne le vol, les eaux, le bris de glace et le casco, les possibilités de profit que peut retirer l'assureur du renouvellement [37], de l'extension de garantie ou de la conclusion de nouveaux contrats sont semblables à celles qu'offre un portefeuille d'assurances-responsabilité civile. Précisons cependant que le risque assuré dans la branche choses est moins complexe à déterminer que dans la branche responsabilité civile; l'intervention de l'agent nécessitera donc un effort moins important.

Ainsi nous constatons que si les branches accident, maladie, responsabilité civile et choses ont une force reproductive supérieure à celle de l'assurance-vie, les possibilités de renouvellement, d'extension de garantie et de conclusion de nouvelles affaires qu'elles offrent ne sont cependant pas assez fréquentes et nombreuses pour les comparer au

[36] Deuxième partie, chapitre V, paragraphe 7, section 4.

[37] La durée contractuelle est de cinq ans en général, elle peut être prolongée par tacite reconduction.

volume des commandes supplémentaires passées régulièrement par la clientèle d'un vendeur de biens de consommation courants.

Cela tient au fait que l'agent, négociant ou concluant des assurances individuelles, ne noue pas des relations d'affaires avec une clientèle d'intermédiaires qui satisfont les besoins d'une masse de consommateurs, mais avec des assurés qui souscrivent une police pour leur propre compte.

Le profit que l'assureur retire d'un portefeuille d'assurances individuelles est à notre sens comparable à celui qu'un éditeur de journaux peut espérer de la clientèle acquise par son agent de publicité. Or, comme l'a admis le Tribunal fédéral dans ce cas, le profit du mandant est peu élevé [38].

Section 3: Le profit de l'assureur dans les branches collectives

A. — Les branches maladie et accident

Les assurances collectives maladie ou accident présentent les mêmes possibilités de profit pour l'assureur que l'assurance individuelle, mais à un niveau plus élevé pour les raisons suivantes:

— Comme dans le commerce ordinaire, l'agent qui négocie ou conclut des assurances collectives noue, ainsi que nous l'avons déjà relevé [39], des relations d'affaires, non pas directement avec le « consommateur » (un membre du personnel assuré), mais avec une clientèle constituée d'entreprises qui représentent collectivement leur personnel.

— Cette clientèle est constituée de personnes morales dont la durée de vie est bien supérieure à celle des personnes physiques.

— Le personnel des entreprises augmente lorsque les circonstances économiques sont favorables; même en période de croissance nulle, voire de récession, il continue, dans une certain mesure, de se renouveler, ce qui peut également être la source de profit pour l'assureur.

Les possibilités de renouvellement, d'extension de garantie et de conclusion de nouvelles affaires qu'offre le personnel des entreprises et

[38] RO 84 II 529 – JT 1959 I 332: le Tribunal fédéral a jugé équitable une indemnité de Fr. 6000.—, alors que le gain annuel net de l'agent s'élevait de Fr. 35 000.— à Fr. 40 000.—.

[39] Deuxième partie, chapitre V, paragraphe 3.

de leurs succursales nous paraissent suffisantes en nombre et en intensité pour admettre que l'assureur en retirera un profit effectif, quand bien même elles sont plus restreintes que dans le secteur commercial.

B. — L'assurance de groupe

On désigne sous ce terme le contrat, conclu entre une compagnie d'assurances et une institution de prévoyance ou l'employeur directement (art. 331 al. 2 CO), dont le but est d'assurer les membres d'une entreprise ou d'une profession contre les conséquences économiques de la vieillesse, de l'invalidité et du décès (deuxième pilier).

Les possibilités de profit pour l'assureur sont comparables à celles des branches maladie et accident. Elles revêtent principalement la forme d'extension de garantie, bien que les relations d'affaires qu'une assurance de ce genre crée favorisent également la conclusion de nouveaux contrats d'un autre type.

Il faut entendre par extension de garantie dans l'assurance de groupe:

— toute augmentation du nombre des salariés ou de leurs salaires;

— toute augmentation des prestations versées aux assurés ou ayant-droits [40].

Le développement futur de ce secteur d'assurance que provoquera la nouvelle législation en matière de prévoyance professionnelle — on estimait en 1972 à 600 000 le nombre des personnes non encore assurées dans le cadre du deuxième pilier — nous permet d'affirmer que la conclusion par l'agent de contrats d'assurances de groupes procure un profit virtuel, mais néanmoins effectif à l'assureur, d'autant plus que les règles de commissionnement qui y sont en vigueur lui sont particulièrement favorables. En effet, l'agent, en règle générale, a droit à une commission d'acquisition à la conclusion du contrat et à des commissions supplémentaires tous les deux ou trois ans, selon les compagnies, sur l'augmentation du nombre des salariés, de leurs salaires ou des prestations garanties, pendant les dix premières années du contrat. Passé ce délai, l'agent ne reçoit ordinairement plus aucune commission.

Le profit de l'assureur est ainsi double, car en plus de son bénéfice usuel, il réalise un gain dû à l'absence de commissionnement. Ce profit est d'autant plus appréciable que ce genre de contrat est rarement

[40] L'employeur et le salarié doivent alors s'acquitter de cotisations plus élevées.

résilié et que les compagnies d'assurances ont passé entre elles certains accords pour asseoir sur des bases saines la concurrence dans ce domaine [41].

Dans les branches collectives, l'agent d'assurances pourra donc prétendre à une indemnité de clientèle.

Section 4: Le profit de l'assureur dans la branche transport

L'assurance-transport des marchandises et des valeurs [42] connaît trois formes de police [43]:

— La police flottante à alimenter est émise pour une valeur d'assurance agréée couvrant l'ensemble des envois à venir de l'assuré. Chaque envoi doit être déclaré, la valeur globale assurée étant chaque fois réduite du montant de l'envoi en question. Il en est ainsi jusqu'à épuisement de la valeur d'assurance indiquée dans la police, à savoir jusqu'à l'expiration de celle-ci. La prime est payable d'avance pour la totalité de la somme assurée et non à chaque déclaration.

— La police d'abonnement est actuellement plus répandue car elle offre certains avantages par rapport à la police flottante à alimenter. En effet, il est peu pratique pour un transporteur d'avoir à prendre des dispositions pour l'assurance de chacune de ses expéditions ou d'avoir à renouveler une police flottante chaque fois qu'elle vient à expiration. Le contrat d'abonnement est soit conclu pour douze mois et renouvelable annuellement par tacite reconduction, soit établi pour une durée indéterminée. Il peut fixer une échelle de prime pour les différentes marchandises couvertes et contient impérativement une clause de résiliation, notamment pour le cas où les taux de primes s'avéreraient inadaptés au cours de l'exercice. Il présente

[41] Convention de l'Union de compagnies suisses d'assurance sur la vie, relative à la concurrence (du 10 décembre 1954, revisée par décision du 2 décembre 1964); (art. 4) en cas de reprise par une compagnie concurrente d'un contrat d'assurance de groupe, les intérêts du premier assureur seront équitablement sauvegardés par la cession — en coassurance si possible, ou à défaut en réassurance — d'une part de prime équivalente à celle que lui procurait l'assurance de groupe remplacée.

[42] L'assurance casco est l'assurance du moyen de transport lui-même.

[43] *L'assurance maritime des Marchandises*, étude du secrétariat de la CNUCED, Conseil du commerce et du développement, Commission des invisibles et du financement au commerce, septième session, Genève, 27.10.1975, pp. 17-19.

l'avantage appréciable que l'assuré peut tabler sur des taux de primes fixes et qu'il n'a pas à déclarer chaque envoi. Les primes sont ordinairement débitées en compte courant et réglées à trimestre échu.

— La police globale est principalement souscrite pour la couverture d'expéditions nombreuses par porteur, poste, route, rail ou voies d'eau intérieures. Comme pour le contrat d'abonnement, la police ne prévoit pas de limitation de la valeur globale d'assurance. Les déclarations d'expédition sont faites périodiquement, généralement une fois par an. La prime est fixée forfaitairement et pourra être revisée à chaque renouvellement en fonction du chiffre d'affaires et du montant des sinistres enregistrés au cours du précédent exercice.

A la différence de la majorité des autres branches d'assurances, l'agent ne reçoit pas une commission d'acquisition qui le rémunère pour toute la durée contractuelle de la police. Il touche une commission courante sur les primes facturées aussi longtemps que la police reste en vigueur.

La situation de l'agent de la branche transport est ainsi très proche de celle de l'agent commercial. Comme ce dernier, il conclut une affaire qui appelle des commandes supplémentaires périodiques, à savoir tous les transports que le preneur effectuera.

On pourrait nous objecter qu'une police transport constitue en fait un contrat comprenant des livraisons successives et que le profit que pourrait retirer l'assureur n'entre pas dans le cadre de l'art. 418 u CO.

Nous ne le pensons pas, car la compagnie ne s'engage pas à garantir un nombre déterminé de transports, mais, comme le marchand de biens de consommation courants, elle satisfait les demandes répétées de sa clientèle.

L'assureur transport retire ainsi, après la fin du contrat d'agence, un profit effectif des polices acquises par son agent.

CONCLUSION

L'agent reste encore aujourd'hui l'un des intermédiaires indispensables à tout « producteur » pour le représenter, vendre ses produits ou offrir ses services et maintenir un contact étroit avec la clientèle. Ses qualités d'entrepreneur et le minimum de risques financiers qu'il impose à son mandant font de lui l'intermédiaire approprié d'une entreprise pour conquérir de nouveaux marchés. En revanche, son indépendance et la puissance économique qu'il peut acquérir constituent un obstacle à la politique commerciale uniforme que toutes les entreprises modernes entendent appliquer, notamment les plus grandes et les mieux implantées sur le marché.

C'est pourquoi, en particulier dans le secteur des assurances, à la faveur de la haute conjoncture, le système de l'agence « en régie » (forme particulière de contrat de travail) a eu tendance à supplanter progressivement le système de l'agence pure. Mais la présente récession pourrait conduire à un mouvement en sens inverse.

Le contrat d'agence conserve donc une place privilégiée dans l'activité économique contemporaine.

La loi sur le contrat d'agence est entrée en vigueur le 1er janvier 1950. Nous disposons aujourd'hui d'un recul suffisant pour en apprécier les qualités et les défauts.

Le principal mérite du législateur est d'avoir, par toute une série de dispositions impératives, institué des mesures de protection en faveur de l'agent, qui ont mis un terme aux abus dont certains d'entre eux ont pu être victimes dans le passé.

Mais le législateur n'aurait-il pas été mieux inspiré de ne pas soumettre toutes les catégories d'agents à une législation unique?

Comme nous l'avons souligné à plusieurs reprises dans notre travail, la loi sur le contrat d'agence a été élaborée en fonction de l'agent commercial. Elle contient quelques dispositions particulières aux agents d'assurances. Mais dans l'ensemble elle est mal adaptée aux usages et à la réalité économique de ce secteur d'activité.

Tel est le cas de l'art. 418 u CO, qui institue, en faveur de l'agent, une indemnité pour la clientèle que ce dernier a acquise pendant la durée du contrat d'agence.

Cette disposition repose sur l'idée que l'agent, par son activité, constitue une clientèle dont le mandant va tirer profit après la fin du contrat d'agence.

S'il est vrai que toute entreprise bénéficie d'une clientèle, sa valeur économique n'est cependant pas la même d'un secteur d'activité à l'autre.

Or, précisément dans le secteur des assurances, la clientèle a une valeur économique notablement plus faible que dans le commerce ordinaire.

En effet, l'assurance est un service durable qui n'offre que peu d'occasions de renouvellements périodiques.

A l'exception des branches collectives, la distribution de l'assurance s'opère directement de l'assureur à l'assuré par l'intermédiaire de l'agent. La clientèle acquise à l'assureur est donc d'une nature différente de celle d'un commerçant ordinaire pour lequel l'agent noue des relations d'affaires avec un revendeur qui bénéficie d'une clientèle propre.

La conclusion de polices d'assurances, puis leur gestion requiert la collaboration de spécialistes et des interventions répétées qui renchérissent le coût d'acquisition de la clientèle.

Le juge devra donc faire preuve de retenue lorsqu'il sera appelé à statuer sur l'octroi d'une indemnité de clientèle à un agent d'assurances.

Les compagnies, qui ont formulé les plus extrêmes réserves à l'égard de l'indemnité de clientèle, renoncent en général à faire trancher cette question par les tribunaux, préférant la voie transactionnelle.

Cette solution ne saurait satisfaire le juriste soucieux de créer des situations juridiques claires.

ABRÉVIATIONS

AI	Assurance-invalidité
al.	alinéa
ATFA	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral des assurances (de 1927 à 1969)
AVS	Assurance-vieillesse et survivants
ARV	Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BJM	Basler juristische Mitteilungen
CC	Code civil suisse (du 10 décembre 1907)
CO	Code des obligations (du 30 mars 1911/18 décembre 1936)
DTA	Droit du travail et assurance-chômage
FF	Feuille fédérale
FJS	Fiches juridiques suisses
HGB	Handelsgesetzbuch
JT	Journal des Tribunaux
LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance (du 2 avril 1908)
LCEVC	Loi fédérale sur les conditions d'engagement des voyageurs de commerce (du 13 juin 1941)
OFIAMT	Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail
RBA	Arrêts de tribunaux civils suisses dans des contestations de droit privé en matière d'assurance.
RCC	Revue à l'intention des caisses de compensation...
RDS	Revue de droit suisse
RO	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
RSA	Revue suisse d'assurances
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
SJ	Semaine judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen - Zeitung
SVA	Entscheidungen Schweizerischer Gerichte in privaten Versicherungsstreitigkeiten
SVZ	Schweizerische Versicherungszeitschrift
ZBSV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZR	Blätter für züricherische Rechtsprechung
ZRS	Zeitschrift für schweizerisches Recht.

OUVRAGES CONSULTÉS

Assurance maritime des marchandises, étude du secrétariat de la CNUCED, Conseil du commerce et du développement, Commission des invisibles et du financement au commerce, septième session, Genève, le 27 octobre 1975.

Avis de droit donné à la Suisse Assurances par M. le juge fédéral W. Stauffer, le 21 octobre 1961.

BÉNÉDICT Martine: « Le Contrat de Concession de Vente exclusive », thèse, Lausanne 1975.

BERGER, Hans: « Das Bundesgesetz über den Agenturvertrag und seine Anwendung im Versicherungsgeschäft », dans *Revue suisse d'Assurances*, XVIII (1950), pp. 33 ss, 65 ss, 97 ss.

BERTHOUD, Pierre-André: « Le Droit du Travailleur au Salaire en cas d'Empêchement de travailler, Etude des Articles 324 a et b CO », thèse, Lausanne 1976.

BESSON, André: « Les finalités et modalités du contrôle de l'Etat », dans *ATTI del Primo Congresso internazionale di diritto delle Assicurazioni*, p. 831, Roma, 4-7 Aprile 1962.

BIDEAU, Pierre: « Commentaire de la loi fédérale sur le contrat d'agence », *FJS* N° 585 (mise au point 19 août 1964).

— « Commentaire de la loi fédérale sur le contrat d'agence », Genève 1950.

BLATTER, Adolf: « Der Handelsagent nach schweizerischen Recht », Diss., Bern 1922.

VON BÜREN, Bruno: « Das überflüssige Gesetz über den Agenturvertrag », dans *SJZ* 45 (1949), p. 151 s.

CARRY, Paul: « Voyageurs de Commerce indépendants ou Agents autonomes », Genève 1953.

DEMISCH, Karl-Dieter: « Die Kundschaftsentschädigung des Agenten », Diss., Zürich 1968.

DUBOIS, Georges: « Die rechtliche Stellung des Versicherungsagenten, insbesondere nach dem schweizerischen Versicherungsvertragsgesetz », Diss., Bern 1922.

DUPONT-CADOSCH, Pierre: « Les Pouvoirs de Représentation de l'Agent d'Assurance en Droit suisse », thèse, Lausanne 1932.

DÜRR, Karl: « Du Contrat d'Agence », Bern 1959.

FARNER, Rudolf: « Die rechtliche Verantwortlichkeit des Versicherers für seine Agenten », Diss., Zürich 1946.

FEHR, Hans: « Das neue schweizerische Gesetz über den Agenturvertrag » dans *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, 114 (1951), s.1 ff.

FEHR, Konrad: « Das neue Bundesgesetz über den Agenturvertrag », *Revue suisse d'Assurances* 69 (1950), p. 1 ss.

FLÜCKIGER, Urs: « Der schweizerische Agenturvertrag im Lichte des englischen internationalen Privatrechts », dans *SJZ* 46 (1950), s. 358 ss.

GAMMETER, Max: « Der Handelsreisende », Diss., Bern 1940.

GASSER, Christian: « Die Aussenorganisation der Versicherungsgesellschaften », Diss., Bern 1955.

GAUCHER-PIOLA, Albert: « Indemnité de Clientèle des Représentants, Voyageurs et Placiers du Commerce et de l'Industrie », thèse, Bordeaux 1941.

GAUTSCHI: *Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Bd. VI, Bern 1964.

GRONAU, Werner: « Die Rechtsstellung des Unteragenten nach deutschem und schweizerischem Recht », Diss., Basel 1936.

GRÜTER: « Gesetzliche Regelung neuer Auftragsverhältnisse », Diss., Basel 1954.

GUHL, Theo: « Das schweizerische Obligationenrecht », 6. Auflage., Zürich 19.

HANGARTNER, Jean-Marie: « Die Vermögensrechtlichen Folgen der Auflösung des Agenturvertrages unter besonderer Berücksichtigung der Abgangsentschädigung », Diplomarbeit Handels-Hochschule, St. Gallen 1954.

— « Die Voraussetzungen für die Abgangsentschädigung der Versicherungsagenten gemäss Art. 418 u OR », dans *Revue suisse d'Assurances* XXVI (1958), p. 273 ss.

HUG, Walter : *Rechtsprobleme der Geschäftsvermittlung zwischen Unternehmen und Markt*. « Individuum und Gemeinschaft », Festschrift zur Fünfzigjahrfeier der Handels-Hochschule St. Gallen, s. 329 ff. St. Gallen 1949.

KOENIG, Willy: « Schweizerisches Privatversicherungsrecht », Bern 1951.

KUNZ, Walter: « Das Bundesgesetz über den Agenturvertrag vom 4.2.49 », Heft 31 der Rechtshilfe-Bücher. Zürich 1949.

LANGMACK, Hans: « Der Agenturvertrag », Diss., Zürich 1945.

LEISS Gerhard Horst: « Der Anspruch des Agenten auf Entschädigung für die Kundschaft in rechtsvergleichender Darstellung », Diss., Bern 1965.

LITTMAN, Bettina: « Die Kollisionsrechtliche Bedeutung von Art. 418 litt. b. Abs. 2 OR », Diss., Zürich 1955.

MEISTER, Guido: « Praktischer Leitfaden zum Bundesgesetz über den Agenturvertrag », Zürich 1949.

Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi sur le contrat d'agence, FF 1947 III, p. 681 ss.

MEYER, Hans Rudolf: « Die Stellung des Generalagenten und Unteragenten der Versicherungsgesellschaft im schweizerischen Recht », Diss., Bern 1947.

PADEL, Hans: « Der Agenturvertrag und seine Stellung im schweizerischen Obligationenrecht », Diss., Bern 1943.

PERRIN André: « La concurrence économique selon les dispositions civiles de la loi fédérale sur la concurrence déloyale du 30 septembre 1943 », thèse, Lausanne 1960.

PIDOUX, Philippe: « La prohibition de concurrence dans le contrat de travail », thèse, Lausanne 1969.

Plaquette du Centre de documentation et d'information de l'assurance, 3, rue de la Chaussée-d'Antin, Editions S.D.E., 24 *bis*, rue Saussier-Leroy, Paris.

REBER, H. J.: « Die Anwendung des Bundesgesetzes über den Agenturvertrag auf Verträge mit Auslandsagenten », dans *SJZ* 46 (1950), s. 122 ff.

ROELLI, Hans: « Kommentar zum schweizerischen Bundesgesetze über den Versicherungsvertrag », tome I, 1948, 2e édition.

SCHAERER, Hans: « Der Agent nach der neuen schweizerischen Gesetzgebung », Diss., Basel 1952.

SCHLÄPFER, Adolf: « Handelsreisende, Agenten, Vertreter », Diss., Zürich 1957.

SCHÖNLE, Herbert: *De la Représentation exclusive en Droit suisse et comparé.* Recueil des travaux publiés à l'occasion de l'assemblée de la Société suisse des juristes à Genève, du 3 au 5 octobre 1969. Genève 1969.

SCHWEINGRUBER, Hans: « Der Agenturvertrag nach schweizerischem Recht », Basel 1946.

SIGG, Ruinell: « Der Versicherungsagent und das Bundesgesetz über den Agenturvertrag », Diss., Basel 1955.

Sondage d'opinion réalisé par W. A. Kühne, Zumikon, et Ermo S. A. (European Research for Marketing and public Opinion), Lausanne, pour le compte de la Suisse, Compagnie anonyme d'assurances générales.

SONTAG, Ernst: « Kommentar zum Bundesgesetz über den Agenturvertrag vom 4. Februar 1949 », Bern 1949.

Von Sylt: « Der Agenturvertrag im österreichischen, deutschen und schweizerischen Recht, sozialkritisch betrachtet », Diss., Bern 1944.

Testuz, Hugues: « Les Pouvoirs de Représentation de l'Agent d'Assurance en Droit suisse », thèse, Lausanne 1959.

Travaux préparatoires à la loi sur le contrat d'agence.

Turrettini, Pierre: « Le Contrat de Courtage et le Salaire du Courtier », thèse, Genève 1952.

Vetsch, G.: « Handelsreisender oder Handelsagent », dans *SJZ* 48 (1952), s. 281.

Vinassa, Walter: « Die Kundschaft », Diss., Bern 1925.

Wehrli, Jörg: « Der Versicherungsagenturvertrag », Diss., Zürich 1959.

Zürcher, Hans-Ulrich: « Der Provisionsanspruch des Agenten nach dem Bundesgesetz über den Agenturvertrag vom 4.2.49 », Diss., Bern 1952.

PUBLICATIONS CONSULTÉES

Arrêts du Tribunal fédéral des assurances; bulletin officiel, Berne.

Arrêts de tribunaux civils suisses dans des contestations de droit privé en matière d'assurance, recueils édités par le Bureau fédéral des assurances, Berne.

Basler Juristische Mitteilungen, Basel.

Blätter für zürcherische Rechtsprechung, Zürich.

Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale, Berne. Conseil national et Conseil des Etats.

Courrier suisse des Assurances, Berne.

Droit du Travail et Assurance-chômage; bulletin de l'OFIAMT, Zurich.

Feuille fédérale de la Confédération suisse, Berne.

Fiches juridiques suisses, Genève.

Journal des Tribunaux, Lausanne.

L'Agent général, Saint-Gall.

Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral, Lausanne.

Revue à l'intention des caisses de compensation AVS et de leurs agences, des commissions AI et des offices régionaux AI, des organes d'exécution des prestations complémentaires à l'AVS/AI, du régime des allocations pour perte de gain en faveur des militaires et des personnes astreintes à servir dans l'organisation de la protection civile, ainsi que des allocations familiales, Berne.

Revue de Droit suisse, Bâle.

Revue générale des Assurances terrestres, Paris.

Revue suisse d'Assurances, Berne.

Revue suisse de Jurisprudence, Zurich.

Semaine judiciaire, Genève.

Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bern.

TABLE DES MATIÈRES

Première partie: Le contrat d'agence

Chapitre premier: Historique de la loi sur le contrat d'agence 13

§ 1. L'agent avant la loi sur le contrat d'agence du 4 février 1949 . . 13

§ 2. Evolution de la notion d'agent dans la jurisprudence 14

§ 3. Genèse de la loi sur le contrat d'agence 15

Section 1. Facteurs juridiques 16

Section 2. Facteurs socio-politiques 16

§ 4. Thèses des adversaires et des partisans de la loi. 17

§ 5. Loi spéciale ou revision du Code des obligations 18

Chapitre II: Nature juridique du contrat d'agence 19

§ 1. Définition 19

§ 2. Forme 21

§ 3. Champ d'application 21

§ 4. Normes impératives et dispositives 22

§ 5. Les éléments fondamentaux du contrat d'agence 23

Section 1. Indépendance juridique de l'agent 23

Section 2. Autonomie économique de l'agent 24

Section 3. Rapports de droit durables 25

Chapitre III: Le contrat d'agence et certains contrats ayant une fonction économique voisine 26

§ 1. Le contrat d'agence et le statut du voyageur de commerce: critères de distinction 26

Section 1. Le mode de rémunération 27

A. — La provision 27

B. — Le traitement fixe 27

Section 2. Le remboursement des frais professionnels du représentant 28
Section 3. Les prestations sociales et le paiement de cotisations à l'AVS 28
Section 4. Le fait de représenter une ou plusieurs maisons . . . 31
Section 5. Autres critères de distinction 32
§ 2. Le courtage 32
§ 3. La commission 33
§ 4. Le contrat d'entreprise 33
§ 5. Le contrat de représentation exclusive 34

Chapitre IV: Les parties au contrat d'agence 35

§ 1. L'agent 35
Section 1. Tâches et fonctions de l'agent 35
Section 2. L'agent et son inscription au Registre du commerce 36
Section 3. Les pouvoirs de représentation de l'agent 36
Section 4. Différentes catégories d'agents 37
A. — L'agent négociateur 37
B. — L'agent stipulateur 37
C. — L'agent occasionnel 38
§ 2. Le mandant 38

Chapitre V: Les obligations des parties au contrat 39

§ 1. Les obligations de l'agent 39
Section 1. L'obligation de diligence 39
Section 2. L'obligation de garder le secret des affaires 41
Section 3. Prohibition de concurrence 42
A. — Conditions de validité de la clause 42
B. — Fin de la prohibition 42
C. — Le droit à l'indemnité 43
Section 4. Ducroire 44
Section 5. Autres obligations 45
A. — L'obligation de suivre les instructions du mandant 45

B. — L'obligation de rendre compte et de tolérer des contrôles 45
C. — Frais et débours 46
D. — Devoir de restitution et droit de rétention. . . 47
§ 2. Les obligations du mandant 48
Section 1. L'obligation de soutenir l'agent dans son activité . . 48
Section 2. L'obligation de présenter un relevé de comptes, les livres et pièces justificatives 49
Section 3. L'indemnité en cas d'empêchement de travailler. . . 50
A. — En cas de faute du mandant 50
B. — Sans faute de l'agent 50
Section 4. Devoir de restitution et droit de rétention 51
§ 3. Le droit de l'agent à la provision 52
Section 1. La provision pour les affaires négociées ou conclues 52
A. — Montant et calcul de la provision 52
B. — Les conditions du droit à la provision 53
C. — Naissance du droit à la provision 54
D. — Extinction du droit à la provision 55
E. — Exigibilité du droit à la provision 57
a) Pendant la durée du contrat d'agence . . . 57
b) A la fin du contrat d'agence 58
Section 2. La provision pour les commandes supplémentaires. . 59
A. — En général 59
B. — A la fin du contrat d'agence 59
Section 3. La provision pour les affaires conclues en vertu d'un droit d'exclusivité 60
Section 4. La provision d'encaissement 61
Section 5. La provision de ducroire 62

Chapitre VI: Fin et résiliation du contrat 63

§ 1. La fin du contrat d'agence par expiration du temps 63
§ 2. La fin du contrat d'agence par résiliation 63
Section 1. En général 63
Section 2. Pour de justes motifs 65
§ 3. Autres causes: la mort, l'incapacité, la faillite 66

Chapitre VII: Caractéristiques de l'agent d'assurances 67

§ 1. Organisation de vente des compagnies d'assurances 67

§ 2. Catégories d'agents d'assurances et leurs tâches respectives. . . 68

Section 1. L'agent général (ou principal) 68

A. — L'agent général indépendant 68

B. — L'agent général en régie 71

Section 2. L'inspecteur (ou acquisiteur) 73

Section 3. L'agent occasionnel 74

§ 3. Le ducroire de l'agent d'assurances 75

Section 1. Le ducroire de l'agent général indépendant. 75

Section 2. Le ducroire de l'agent général en régie 76

Section 3. Le ducroire de l'inspecteur 76

Section 4. Le ducroire de l'agent occasionnel 77

§ 4. Les pouvoirs de représentation de l'agent d'assurances 77

Section 1. En général 77

Section 2. Champ d'application de l'art. 34 LCA 78

A. — Les pouvoirs de représentation de l'agent négociateur selon la jurisprudence et la doctrine . . 78

B. — Les pouvoirs de représentation de l'agent stipulateur selon la jurisprudence et la doctrine 78

C. — Classification proposée 79

§ 5. Le contrat d'agence dans le secteur des assurances 80

Section 1. Généralités 80

Section 2. Evolution 81

Deuxième partie: L'indemnité de clientèle

Chapitre premier: Historique de l'indemnité de clientèle 89

§ 1. L'indemnité de clientèle avant la loi du 4 février 1949 89

§ 2. L'indemnité prévue par les 4e, 5e, 6e et 7e projets de la loi . . . 90

§ 3. Discussions aux Chambres fédérales 91

§ 4. Remarque 92

Chapitre II: Nature juridique de l'indemnité de clientèle 93

§ 1. Le droit de l'agent à une indemnité de clientèle. 93

§ 2. Une institution juridique nouvelle 94

§ 3. Une prestation sociale 96
§ 4. Une contre-prestation 97
§ 5. L'art. 418 u CO: une disposition impérative 98
§ 6. Champ d'application de l'art. 418 u CO 100
§ 7. L'indemnité de clientèle et l'indemnité à raison de longs rapports de travail (art. 339 b CO) 101
§ 8. Indemnité de clientèle et l'indemnité en cas de prohibition de concurrence 103
§ 9. Application par analogie de l'art. 418 u CO au contrat de représentation exclusive 104

Chapitre III: La notion de clientèle 107

§ 1. La clientèle 107
§ 2. Différents types de clientèle 108
§ 3. Valeur économique de la clientèle 109
§ 4. Le droit à la clientèle 109

Chapitre IV: Les conditions du droit à l'indemnité de clientèle 111

§ 1. Augmentation sensible de la clientèle 111
§ 2. Profits effectifs 114
§ 3. La clause d'équité 117
§ 4. Motifs de résiliation imputables à l'agent 121
§ 5. Montant de l'indemnité 123
§ 6. Forme de l'indemnité 126
§ 7. Exigibilité et prescription du droit à l'indemnité 127
§ 8. Créanciers et débiteurs de l'indemnité 128
Section 1. Créanciers de l'indemnité 128
Section 2. Débiteurs de l'indemnité 128

Chapitre V: Caractères particuliers de l'indemnité de clientèle de l'agent d'assurances 129

§ 1. Définition de l'assurance 129
§ 2. Le mécanisme de l'assurance 129
§ 3. La distribution de l'assurance 130

§ 4. L'opposition des compagnies d'assurances à l'octroi d'une indemnité de clientèle 133
§ 5. La clientèle de l'agent d'assurances 135
§ 6. Augmentation sensible de la clientèle de l'agent d'assurances. . 138
§ 7. Le profit effectif de l'assureur 141
Section 1. En général 141
A. — Renouvellement de contrats d'assurances . . . 143
B. — Extension de garantie 143
C. — Conclusion de nouveaux contrats d'assurances 144
Section 2. Le profit de l'assureur dans les branches individuelles selon les modalités qui leur sont propres 145
A. — La branche vie 145
B. — Les branches maladie, accident et responsabilité civile. 146
C. — La branche choses 147
Section 3. Le profit de l'assureur dans les branches collectives 148
A. — Les branches maladie et accident 148
B. — L'assurance de groupe 149
Section 4. Le profit de l'assureur dans la branche transport . . 150

Conclusion 152

Abréviations 154

Ouvrages consultés 155

Publications consultées. 159

Achevé d'imprimer en mars
sur les presses
des Imprimeries Réunies S.A., à Lausanne

IMPRIMÉ EN SUISSE